ANUARIO

MAYO 2019 ◆ MAYO 2020

TDLC Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

WWW.TDLC.CL

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
Huérfanos 670, piso 19, Santiago de Chile
Distribución gratuita.

Mayo 2020
Primera edición

© Prohibida su reproducción, almacenamiento o transmisión por cualquier medio.

ANUARIO

MAYO 2019 ◆ MAYO 2020

TDLC Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

ÍNDICE

6 **CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE**

29 **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL** (Mayo 2019 / Abril 2020)

38 **SENTENCIA N° 172/2020**

160 **RESOLUCIÓN N° 57/2019**

229 **RESOLUCIÓN N° 58/2019**

259 **RESOLUCIÓN N° 59/2019**

355 **RESOLUCIÓN N° 60/2020**

376 **RESOLUCIÓN N° 61/2020**

406 **INFORME N° 15/2020**

439 **INFORME N° 16/2020**

471 **INFORME N° 17/2020**

504 **RESOLUCIÓN DE TÉRMINO ERN 25/2018**

538 **PROPOSICIÓN N° 20/2020**

578 **RESOLUCIÓN DE TÉRMINO AE 17/2020**

Enrique Vergara Vial, Presidente

CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA ENRIQUE VERGARA VIAL

12 de Mayo de 2020

I. ESTALLIDO SOCIAL, COVID-19 Y POLÍTICA DE COMPETENCIA

Esta cuenta pública se enmarca, inevitablemente, dentro de los sucesos que han tenido lugar en Chile durante los últimos ocho meses, esto es, el denominado estallido social de octubre del año pasado y la grave crisis sanitaria que está padeciendo el mundo debido al Covid-19. Ambos han implicado grietas profundas que resquebrajan el tejido de nuestra sociedad, trayendo consigo nuevas ansiedades e indignaciones a nuestros conciudadanos, así como nuevas pasiones a nuestra política (Collier, 2018: 1).

Estos eventos implican desafíos mayúsculos para el país, lo que demanda el esfuerzo y buena voluntad de todos para salir adelante, particularmente de los que desarrollamos funciones públicas. Cada uno, desde su posición, tiene mucho que aportar en esta tarea. Estamos en la hora de los deberes ciudadanos, del cuidado del país y de los otros, del diálogo, de la empatía y de la flexibilidad.

Estas situaciones extremas producen efectos significativos en el orden político, social y económico. En este escenario, la política de competencia juega un rol central. Frente a los cuestionamientos al modelo económico, una conclusión significativa es que sólo una institucionalidad fuerte en materia de libre competencia legitima una economía de mercado. No debemos olvidar que ésta debe ser próspera, pero también ética. Por ello las legislaciones de libre competencia se originaron a fines del siglo XIX en Canadá y Estados Unidos para morigerar y limitar la concentración económica. Ya en ese tiempo, el poder económico alcanzado por grandes empresas podía incluso afectar el sistema político. La política de competencia nace para controlar los abusos que este sistema económico podía generar y evitar sus excesos.

No es de extrañar entonces que una de las más sentidas reclamaciones de la ciudadanía durante el estallido social hayan sido los abusos empresariales, en especial y concretamente las colusiones. Regularmente veíamos en la prensa, en los medios, incluso en los rayados de las paredes, condenas muy duras en contra de estas conductas, recordándonos los casos de la colusión de las cadenas de farmacias, de los productores de pollos y de las empresas de papel higiénico, entre otros.

El profundo malestar es totalmente entendible. Toda conducta que atenta contra la libre competencia hace perder legitimidad a este sistema. Las actuaciones que infringen la Ley de Competencia, hacen que se produzcan menos bienes y servicios, más caros y de menor calidad.

Como bien señalan dos reconocidos autores, *"cualquier mercado sofisticado y de gran escala depende de reglas del juego bien diseñadas y que se hagan cumplir bien, sin las cuales el robo desenfrenado, el rompimiento constante de los contratos y el reinado del físicamente más fuerte prevalecerían. Estas reglas pueden reducirse en tres principios: libertad, competencia y apertura"*.

Por lo anterior, mientras más robusta sea la institucionalidad de libre competencia y más atribuciones se les confieran a sus autoridades, más justas van a ser nuestras relaciones económicas. Ya esto lo decía el propio Adam Smith, para quien los mercados no sólo eran una fuerza productiva, sino que permitían, a la vez, lograr una profunda igualdad.

Dentro de dicho robustecimiento, la persecución en contra de conductas atentatorias a la libre competencia, especialmente los carteles, debe ser incansable. Ojalá que este tipo de prácticas fueran desterradas definitivamente, pero como todo acto ilícito, es imposible que ello suceda. Seguirán existiendo crímenes, seguirá existiendo corrupción y van a seguir existiendo carteles, entre otros varios ilícitos, pero esto no significa que la política pública, en este caso de competencia, haya fracasado. Al contrario. El hecho de que se hayan investigado y sancionado casos tan graves como los que he citado, demuestra que esta institucionalidad está operando de manera eficaz. No detectar casos de carteles sería altamente preocupante porque ello no respondería a la inexistencia de los mismos, sino a serios defectos del sistema.

Lo importante es entonces contar con un buen sistema para su persecución y lo tenemos. La Ley N° 20.945 de 2016 permitió dar un salto cualitativo, aumentando significativamente las multas y estableciendo el delito de colusión, entre otras materias.

Por lo anterior, más que pensar en grandes reformas legales, de lo que se trata, como señalé, es de fortalecer a los organismos encargados de la aplicación de la normativa. En este orden de ideas, es fundamental proteger y, si es necesario fortalecer, el mecanismo de la delación compensada. Como sabemos, los carteles son conductas que se realizan en la clandestinidad, es muy difícil detectarlas e investigarlas exitosamente y se ha demostrado que dicho mecanismo es hoy día indispensable para su persecución eficaz.

En cuanto a la crisis sanitaria generada por el Covid-19, la pandemia que estamos sufriendo también gatilla respuestas especiales de parte de la institucionalidad de libre competencia. La pregunta no es si nuestra legislación admite ciertas excepciones en estos tiempos, lo que en ningún caso puede aceptarse, sino si se puede tener mayor flexibilidad en sus procedimientos a la hora de evaluar ciertas y determinadas operaciones críticas, como muchas agencias de diversos países lo están haciendo, por ejemplo, las de E.E.U.U., Australia y el Reino Unido, entre otras.

Lo anterior por cuanto, en un estado de catástrofe como el actual, es posible que la producción, distribución y comercialización de bienes, así como la prestación de servicios, ya no sea posible, o no pueda realizarse en forma óptima. En este escenario, es probable que algunos actos o convenciones requieran una tramitación más ágil cuando los mismos busquen generar eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos y se relacionen con bienes o servicios que sean indispensables para mantener la cadena de abastecimiento, la continuidad de los servicios de transporte y la entrega de medicamentos o insumos médicos, entre otros que también puedan tener carácter indispensable.

Bajo esta perspectiva, el Tribunal dictó el Auto Acordado N° 21/2020 sobre Consultas Extraordinarias efectuadas en virtud del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. El objetivo de esta normativa es permitir la celebración o ejecución de ciertos actos o convenciones mientras se tramita el procedimiento de consulta establecido en el artículo 31 de dicho decreto ley, especialmente aquellos que tengan las características que se mencionan en el párrafo anterior.

II. ESTALLIDO SOCIAL, COVID-19 Y ACCESO A LA JUSTICIA

Las crisis derivadas del estallido social y el Covid-19 también han significado enormes desafíos para los tribunales del país, los que han debido asegurar el acceso a la justicia y las normas del debido proceso.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha estado a la altura de dichos desafíos. En la cuenta pública del año pasado resalté la importancia de la adaptabilidad que debíamos tener como institución frente a los cambios que sus 15 años de vida han significado. Esto se ha puesto definitivamente a prueba con los acontecimientos antes señalados y hemos podido responder de manera adecuada a este nuevo escenario.

Se conformó un equipo de crisis, liderado desde la Secretaría del Tribunal, que ha sido capaz de prever, resolver e implementar soluciones a desafíos nunca antes enfrentados por esta institución ni por el país. Resulta gratificante constatar el esfuerzo y dedicación que han puesto todas las personas que trabajan en el Tribunal para que este siga funcionando en tiempos de crisis. Sinceramente quiero reconocer y, sobre todo, agradecer a cada uno de los funcionarios que trabaja en esta institución por su esfuerzo, dedicación, compromiso, buena voluntad y excelencia con que desarrollan sus labores. Nada habría sido posible este tiempo sin este equipo humano excepcional.

Por una parte, el estallido social de octubre de 2019 implicó para el Tribunal un desafío enorme por cuanto debíamos asegurar el acceso a la justicia y el ejercicio de la jurisdicción, asegurando, al mismo tiempo, la debida protección de nuestros funcionarios. Entre otras, adoptamos las siguientes medidas:

1. Flexibilizamos los horarios de entrada y salida, permitiendo que cada uno de los funcionarios llegara en forma segura a su trabajo y retornara a su hogar.

2. Suspendimos y reagendamos audiencias, asegurando a las partes el adecuado derecho a defensa.

3. Facilitamos la presentación de escritos vía remota para aquellas causas que no se tramitan electrónicamente.

Por su parte, la pandemia que está azotando el mundo ha significado desafíos aún mayores, pues debemos seguir asegurando el acceso a la justicia y garantizar el debido proceso, sin poner en riesgo la salud y la vida de nuestros funcionarios y de todos aquellos que asisten al Tribunal.

Como señalé, la institución reaccionó ágil y eficazmente, al igual que durante la crisis producida por el denominado estallido social. Con la llegada del virus a Chile y en consideración de lo ocurrido en otros países, se comenzó el trabajo preparativo para que el Tribunal continuara funcionando de manera remota, adaptándose a las condiciones que impone la pandemia.

Tres días después de que la Excma. Corte Suprema dictara el Acta 41-2020 que regula el teletrabajo y el uso de videoconferencia en el Poder Judicial, y antes de que se decretara el estado de catástrofe, el Tribunal dictó el Auto Acordado N° 20/2020, sobre Teletrabajo, permitiendo que se implementaran las soluciones y se tomaran las medidas administrativas correspondientes para trabajar remotamente.

De esta manera, se acordó que el tribunal podía sesionar, de manera extraordinaria y fundada, mediante videoconferencia u otro medio a distancia, cuando ocurriere un caso fortuito, fuerza mayor o, en general, cualquier circunstancia que impidiera el desempeño de sus funciones en su sede o que amenazara o perturbara su normal funcionamiento, como es el caso de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19.

Así, al día siguiente dictamos un protocolo de trabajo y de atención al público que permitió la tramitación remota de las causas y, de este modo, fue posible reducir la presencia de los funcionarios a lo estrictamente necesario, al tiempo que el Tribunal comenzaba a sesionar exitosamente por videoconferencia. Dicho protocolo establece normas de autocuidado, medidas de higiene en el Tribunal, regula el teletrabajo y sesiones remotas, la atención excepcional de público de manera presencial, entre otras materias.

Adicionalmente, continuamos buscando las mejoras tecnológicas y de gestión adaptadas a las circunstancias y que garantizaran un buen servicio, por lo

que, cuando se decretó la cuarentena general en siete comunas de Santiago, incluida la que sirve de sede a nuestra institución, estuvimos en condiciones de funcionar de forma completamente remota. Para ello, se dictaron nuevamente las medidas administrativas correspondientes y adaptamos nuestra forma de trabajar, limitando la exposición de funcionarios y usuarios, sin dejar de prestar el servicio público al que estamos llamados.

Durante este tiempo hemos sabido responder a las exigencias. Con orgullo puedo decir que hemos logrado realizar adecuadamente nuestras funciones en este difícil escenario. Entre las medidas adoptadas cabe destacar las siguientes:

1) Se comunicó de manera permanente a las partes y usuarios de las decisiones adoptadas sobre nuestro funcionamiento, abriendo canales expeditos para responder a sus inquietudes y preguntas;
2) Siguiendo los criterios establecidos en la Ley N° 21.226, se suspendieron las audiencias y vistas fijadas, salvo aquellas urgentes como la llevada a cabo con ocasión del Acuerdo Extrajudicial de la FNE con Transbank, que se realizó exitosamente vía remota, con la participación de más de 90 personas y en la cual intervinieron más de 10 abogados;
3) De acuerdo con la referida ley, se suspendieron los términos probatorios;
4) Se recibieron virtualmente los escritos y fueron debidamente resueltos, asegurando el derecho a defensa de las partes;
5) Se autorizaron poderes de manera remota, y se dispuso que las notificaciones personales y actuaciones en que se requiera la comparecencia de una parte durante el período del estado de excepción constitucional, se pudieran realizar, a través de la Secretaria Abogada, por videoconferencia u otros medios electrónicos, lo que se ha implementado sin contratiempos.

III. POLÍTICA DE COMPETENCIA

Una vez reseñadas los desafíos y las medidas que se han adoptado durante el estallido social y el Covid-19, a continuación, me referiré a lo que ha sido la labor principal del Tribunal durante el período mayo 2019-mayo2020, esto es, la aplicación de la política de competencia.

De acuerdo con el D.L. N° 211, el Tribunal aplica dicha ley en la esfera de sus respectivas atribuciones, las que son, esencialmente, ejercer jurisdicción en los asuntos contenciosos y las restantes atribuciones y deberes que se consignan en el artículo 18 N° 2 de dicho cuerpo legal, a saber, absolver consultas, dictar instrucciones de carácter general, emitir los informes que le encomiendan leyes especiales y efectuar recomendaciones normativas.

En este contexto, durante el último año quisiera destacar las siguientes decisiones:

1. Adoptamos medidas en un mercado tan importante como es el de la recepción y compra de leche fresca, en particular, porque algunas de las cláusulas de fidelización establecidas por las empresas procesadoras de tal insumo, resultaban especialmente problemáticas para la competencia por cuanto se asemejaban a una tratativa exclusiva con los proveedores y carecían de justificación objetiva.

2. En otro mercado de vital importancia para el desarrollo del país como es el de las telecomunicaciones, establecimos nuevos límites máximos de espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil en las distintas bandas de frecuencia. Después de un estudio exhaustivo en la materia, establecimos dichos límites tomando en consideración las siguientes circunstancias: (i) el equilibrio que debe existir entre las razones de competencia y los objetivos de política pública sectorial; (ii) la conveniencia de establecer límites porcentuales por sobre fijos; (iii) las propiedades de cada una de las macrobandas que componen el espectro radioeléctrico; (iv) los objetivos o estándares IMT-2020; (v) la necesidad multicapa de un operador creíble; (vi) el requerimiento de espectro contiguo en ciertas bandas; y (vii) la asimetría en la tenencia de espectro.

3. Adicionalmente, propusimos recomendaciones normativas para fomentar mayor competencia en las licitaciones de contratos de obras públicas.

4. Se sancionaron laboratorios por coludirse en un área tan sensible como es la salud, por celebrar acuerdos destinados a afectar los resultados de licitaciones de un hospital y la Cenabast, para la adquisición de suero fisiológico de 100 ml.

En este orden de consideraciones, no puedo soslayar el cuestionamiento de algunos sectores respecto de la revisión que la Excma. Corte Suprema realiza sobre nuestras decisiones.

Lo primero que tengo que decir en este sentido, es que nuestro sistema contempla una instancia de revisión judicial por parte del máximo tribunal y, por lo tanto, es parte de las reglas del juego que dicha Corte pueda confirmar, confirmar parcialmente o revocar nuestras decisiones.

Es cierto que en el último año la Corte ha revocado algunas decisiones del Tribunal o bien las ha acogido parcialmente. Sin embargo, si estas se analizan detenidamente podemos constatar que las mismas confirman nuestros criterios en una serie de materias contenidas en la misma sentencia. La decisión final que adopta la Excma. Corte Suprema en los casos que ha revocado alguna de nuestras decisiones o las ha confirmado parcialmente, no significa de modo alguno que deseche total y completamente nuestro análisis.

Por supuesto que nuestra aspiración es que la tasa de fallos confirmados aumente, por cuanto ello da más certezas a los agentes económicos, pero pretender que será la totalidad de ellos es irreal. Lo anterior por cuanto los tribunales están compuestos por personas que tienen distintas visiones sobre la valoración de los hechos, por muy técnica que sea la materia en cuestión.

Lo expuesto anteriormente no implica caer en la autocomplacencia. Nos esforzamos todos los días para que nuestros fallos sean lo más coherentes y comprensibles posible; que sus conclusiones deriven de un análisis racional y lógico de los hechos sometidos a su consideración; y que la decisión final sea la más justa posible.

IV. TRAMITACIÓN ANTE EL TDLC

Estadísticas del período

Si bien el Tribunal conoce asuntos relativos a los más diversos mercados, telecomunicaciones ha sido la industria históricamente más representada con 13% de las causas contenciosas y 18% de las no contenciosas (*ver gráficos 1 y 2).

GRÁFICO 1: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO AL 30/04/2020

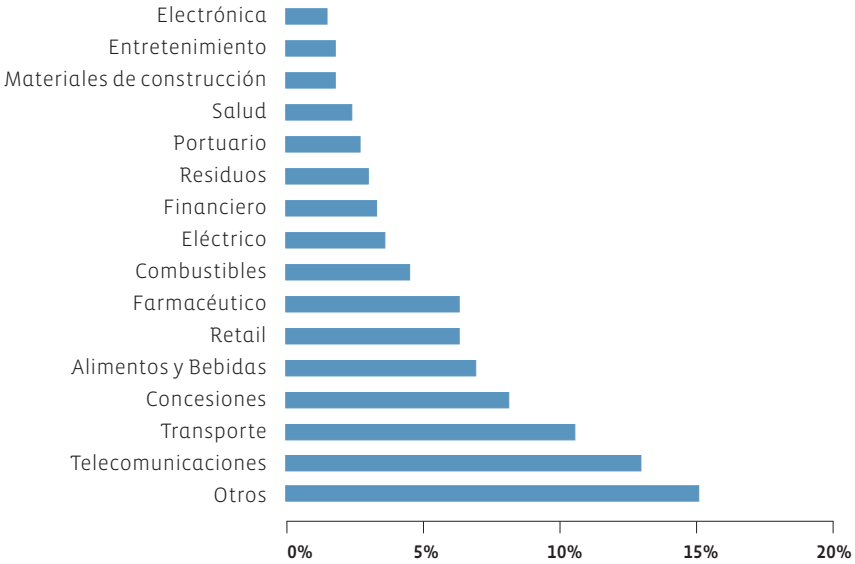
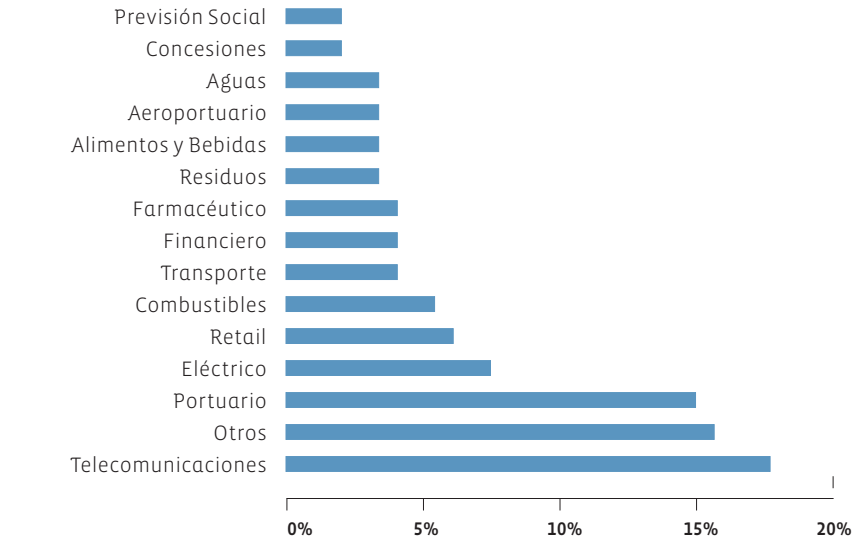


GRÁFICO 2: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO AL 30/04/2020 (SIN LEY DE PRENSA)



En el actual período, las industrias más representadas en los asuntos contenciosos fueron alimentos y bebidas, entretenimiento, telecomunicaciones y la industria financiera, cada una con un 11% del total (*ver gráfico 3). Por su parte, en las causas no contenciosas, un 40% tuvieron relación con transporte (*ver gráfico 4).

GRÁFICO 3: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO DEL PERÍODO (13/05/2019 A 30/04/2020)

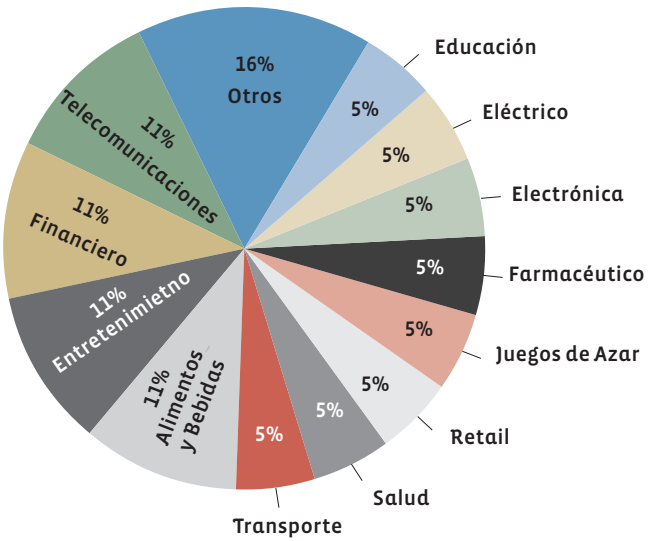
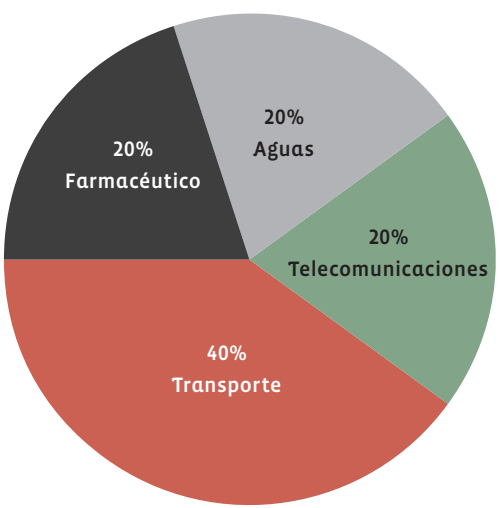


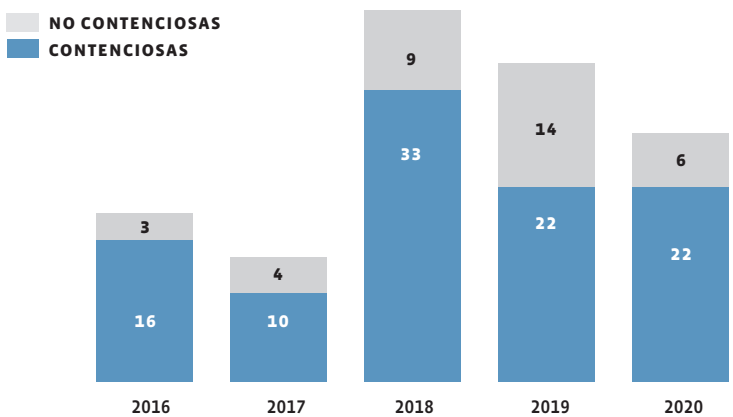
GRÁFICO 4: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO DEL PERÍODO (13/05/2019 A 30/04/2020)



Desde su creación, el TDLC ha dictado 171 sentencias en asuntos contenciosos, una sentencia en un recurso de revisión especial, 61 resoluciones en asuntos no contenciosos, cuatro instrucciones de carácter general, 17 informes de leyes especiales, 20 proposiciones normativas, 21 auto acordados; y se ha pronunciado sobre 17 acuerdos extrajudiciales.

En el último período ingresaron al Tribunal un total de 28 causas contenciosas y no contenciosas. Para efectos de esta estadística se consideran como procedimientos contenciosos: los contenciosos (C) y contenciosos de indemnización de perjuicios (CIP); y como procedimientos no contenciosos: los no contenciosos (NC) y expedientes de recomendación normativa (ERN) (*ver gráfico 5).

GRÁFICO 5: NÚMERO CAUSAS INGRESADAS AL TDLC DESDE EL 13/05/2016 AL 30/04/2020



En este último período se llegó a término en 15 procedimientos contenciosos y 12 no contenciosos. Entre ellos se cuentan una sentencia, dictada en un procedimiento cuya tramitación tomó 915 días; seis resoluciones, dictadas en procedimientos cuya duración promedio fue de 331 días; tres informes, dictados en procedimientos cuya duración promedio fue de 377 días; y una proposición normativa, dictada en un procedimiento cuya tramitación tomó 485 días. Por otra parte, se rechazó un acuerdo extrajudicial, dictado en un procedimiento cuya tramitación tomó 23 días.

De las conductas que son objeto de análisis y resolución en esta sede, la más recurrente históricamente en términos porcentuales sigue siendo el abuso de posición dominante, con un 38% (*ver gráfico 6). En este período dicha tendencia no

ha variado ya que los casos de abuso de posición dominante representaron un 35% del total de causas contenciosas. Lo siguen los actos de autoridad, colusiones e incumplimientos de resoluciones, cada una con un 18% en el último periodo (*ver gráfico 7). En las causas no contenciosas, la materia más consultada históricamente ha sido aplicación de resolución, con 24%, mientras que en el actual período el 60% de las causas fueron sobre bases de licitación (*ver gráficos 8 y 9).

GRÁFICO 6: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE CONDUCTA AL 30/04/2019

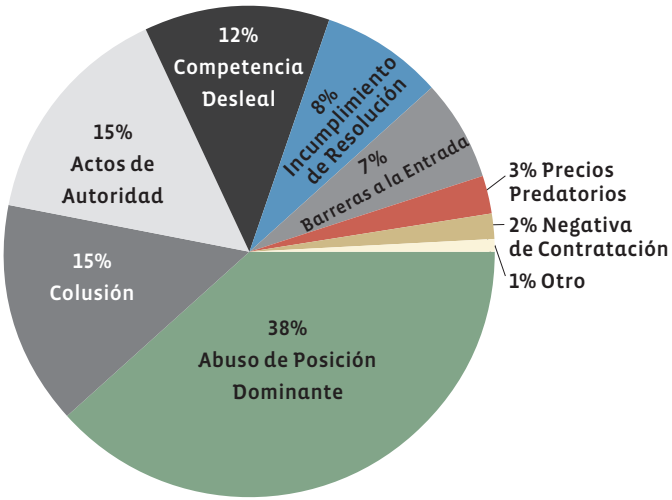


GRÁFICO 7: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE CONDUCTA DEL PERÍODO (13/05/2019 A 30/04/2020)

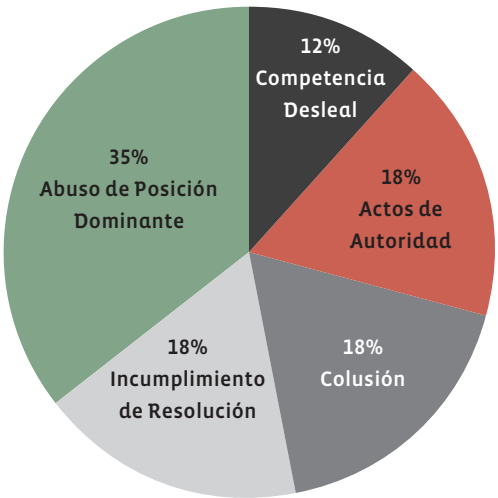


GRÁFICO 8: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR MATERIA AL 30/04/2020 (SIN LEY DE PRENSA)

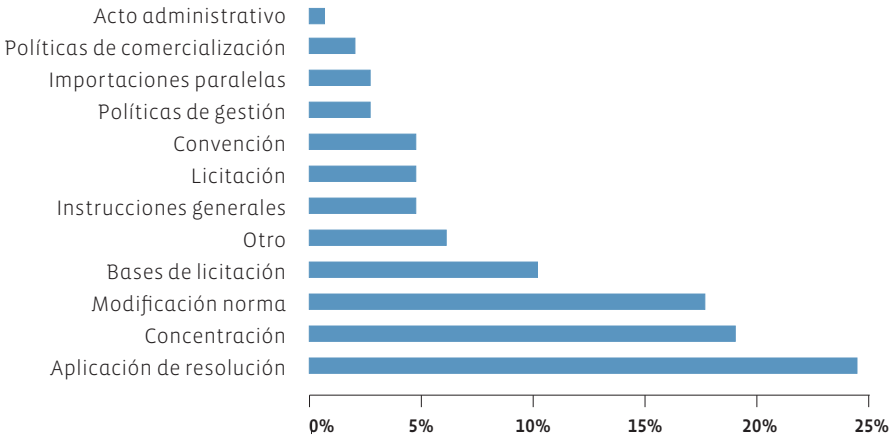
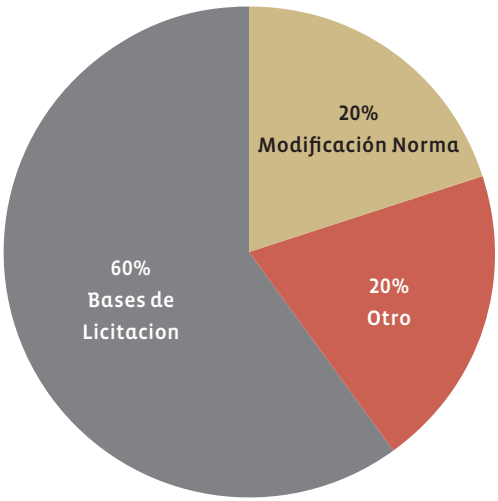


GRÁFICO 9: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR MATERIA DEL PERÍODO (13/05/2019 A 30/04/2020)



Finalmente, del total de 172 sentencias dictadas por este Tribunal, 114 han sido reclamadas ante la Corte Suprema (esto es, un 66%). De ellas, sólo 16 han sido revocadas. Por su parte, de las 61 resoluciones pronunciadas por este Tribunal en procedimientos no contenciosos, 13 han sido reclamadas ante la Corte Suprema, de las cuales siete han sido confirmadas, cinco revocadas y una se encuentra pendiente de resolución. En este último período, tan solo fueron reclamadas una sentencia y una resolución, las cuales se encuentran en tramitación. Asimismo, en este período la Corte Suprema declaró admisible un recurso de reclamación presentado en contra de una resolución de término recaída en un expediente de recomendación normativa.

Procedimientos

En ocasiones anteriores he señalado las complejidades derivadas de la aplicación de un procedimiento inspirado en el antiguo procedimiento civil a una materia de interés público.

Esto ha implicado un tremendo desafío, cual es adaptar las normas procesales a la materia sustantiva, sin incurrir en decisiones que se aparten de la legalidad.

En este esfuerzo y reiterando lo que se ha hecho en años anteriores, el tribunal ha dictado varias resoluciones para hacer más eficiente y eficaz nuestro procedimiento. Algunas de ellas son las siguientes:

1) En la Causa Rol C N° 377/2019 se decretó un término probatorio extraordinario para rendir prueba testimonial fuera de la Región Metropolitana, mediante exhortos dirigidos a los jueces civiles o de letras correspondientes. En la misma se dispuso que los testigos deberán declarar ante la presencia de un ministro de fe en el tribunal exhortado, en audiencias que se realizarán mediante un sistema de video conferencia dirigidas por el TDLC desde sus dependencias. Como se aprecia, esto fue premonitorio de lo que vendría después.

2) En las causas Roles C N° 380/2019 y N° 392/2020, se decretó la incompetencia absoluta del Tribunal al momento de analizar su admisibilidad y no en la sentencia definitiva.

3) En la causa Rol C N° 375/2019 se establecieron límites para la participación de terceros que se arroguen la representación del interés general, aclarando que dicha representación por ley corresponde a la FNE.

4) En la causa Rol C N° 386/2019 se señaló la oportunidad para exhibir el expediente de investigación de la FNE. Así, la exhibición sólo puede ser decretada respecto de aquellos documentos que digan relación con la cuestión debatida, la cual sólo puede definirse una vez trabada la litis, esto es, cuando se han presentado todas las contestaciones al requerimiento deducido.

5) En la causa Rol C N° 359/2018 se indicó el plazo que tenían las partes para solicitar la exhibición de documentos fuera del término probatorio. En dicha oportunidad se determinó que la exhibición de documentos es un medio para incorporar instrumentos al proceso, lo que puede realizarse hasta 10 días antes de la vista de la causa, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 9° del artículo 22 del D.L. N° 211.

6) En la causa Rol C N° 379/2019 se resolvieron importantes materias, tales como:
   a. Se determinó en qué situaciones procede la adhesión a un requerimiento de la FNE, precisando que, en cualquier caso, no procedía la designación de un procurador común;
   b. Se resolvió que no es válida la reserva o confidencialidad decretada por la FNE de información contenida en piezas del expediente de investigación, una vez que ésta se encuentra archivada; y

   c. Se señaló que los gastos derivados de la confección de un volumen significativo de las versiones públicas de un expediente de investigación de la FNE, son de cargo de quien solicita la exhibición del mismo.

7) En la causa Rol NC N° 435/2016, se declaró improcedente una solicitud de cumplimiento incidental de una resolución dictada en un procedimiento no contencioso. Además, el obligado por una resolución no puede iniciar un procedimiento que busque su cumplimiento.

8) En la causa Rol C N° 299/2015 se declaró la improcedencia de las costas personales en favor de terceros cuya única gestión es la de hacerse parte en el proceso.

Tramitación Electrónica

Cumpliendo uno de los principales objetivos trazados por el Tribunal durante los dos últimos años, el tres de diciembre de 2019 se dictó el Auto Acordado N° 19/2019 sobre Tramitación Electrónica de los Procesos.

El paso a la tramitación electrónica es muy importante porque profundiza el acceso a la justicia, implica una mayor modernización, y descentralización, y acerca nuestra jurisdicción a las personas y a las regiones.

Con esta iniciativa el Tribunal adapta sus procedimientos a los cambios tecnológicos, adecuándolos y homologándolos, en lo que sea posible, a las modificaciones que han sido introducidas en la forma de tramitación ante otros tribunales, especialmente la tramitación electrónica establecida en el Código de Procedimiento Civil, cuyas normas rigen supletoriamente nuestro procedimiento contencioso.

El Auto Acordado N° 19/2019 regula de manera detallada las diversas materias que son necesarias para que la tramitación electrónica pueda operar. Entre otras, establece una Oficina Virtual, entrega reglas para la formación del proceso, la presentación de escritos, la forma de constituir patrocinio y poder, la presentación de instrumentos y de bases de datos, regula las actuaciones judiciales y la forma como se extienden las actas de las audiencias, establece un registro de las actuaciones de los receptores, la forma de obtener copias autorizadas y de corregir las transcripciones de audiencias.

Asimismo, el referido auto acordado consagra ciertas excepciones. Por una parte, establece que los documentos reservados y confidenciales, así como aquellos cuyo tamaño exceda el máximo permitido por el sistema de tramitación electrónica, no serán incorporados a la carpeta electrónica. Por otra parte, dispone que no serán tramitados de forma electrónica los procedimientos regulados en el artículo 39 y 39 ter del D.L. N° 211.

La tramitación electrónica se puso en marcha el dos de enero de este año y se aplica exclusivamente para aquellos procesos contenciones y no contenciosos iniciados con posterioridad a esa fecha. En el mediano plazo la mayoría de nuestros procesos se estarán tramitando electrónicamente.

Desde la puesta en marcha de este sistema, han ingresado al tribunal tres demandas, tres requerimientos de la FNE y una demanda de indemnización de perjuicios. Los procedimientos electrónicos a que han dado origen dichas presentaciones se han tramitado con normalidad, sin presentarse inconvenientes mayores, por lo que podemos decir, con orgullo, que hemos sorteado con éxito la implementación de esta nueva plataforma.

V. GESTIÓN ESTRATÉGICA, RECURSOS HUMANOS Y ADMINISTRACIÓN

Desarrollo Organizacional

Como comenté en 2019, el Tribunal ha pasado a una nueva etapa de consolidación y por ello nos pareció indispensable repensar la institución. La labor de este Tribunal es fundamental y merece nuestra revisión constante para evaluar cómo lo estamos haciendo, recordar hacia dónde vamos y decidir cómo debemos adaptarnos para alcanzar nuestras metas.

Así, en noviembre de 2019 terminó exitosamente la consultoría de la empresa experta en desarrollo organizacional GBE Consultores. Dicha consultoría identificó las áreas que debían fortalecerse, aquellas en que podíamos mejorar nuestro desempeño, y los cambios y medidas necesarios para cumplir con nuestra misión.

El trabajo se realizó con la participación de todos los funcionarios de la institución, vale decir, los ministros, administrativos, profesionales y áreas de soporte. Para nuestra reflexión, consultamos también la opinión de quienes interactúan con el tribunal y que son partes interesadas en nuestra labor, la que fue previamente recogida por los consultores.

En este proceso, junto con nuestra misión definida por la ley, definimos como visión del Tribunal la de ser una institución de excelencia que contribuya al desa-

rrollo del país dando certeza a los agentes económicos a través de sus decisiones, conformada por un equipo multidisciplinario de alto desempeño, riguroso y confiable. Asimismo, consensuamos que el respeto, la excelencia, la transparencia y la colaboración son los valores que nos rigen en nuestro actuar.

Sobre esta base consensuada nos fijamos cuatro objetivos estratégicos para los próximos tres años (2020, 2021 y 2022), centrados en el (i) fortalecimiento institucional, (ii) los procesos internos y estándares, (iii) la planificación estratégica, y (iv) el aprendizaje.

Para alcanzarlos, elaboramos un plan de acción que a principios de 2020 comenzamos a ejecutar, a pesar de las dificultades vividas a fin de 2019.

Equipo de Trabajo

El Tribunal está compuesto[1] por los ministros Titulares, los ministros suplentes, profesionales y administrativos que se indican a continuación:

MINISTRO	CARGO	DURACIÓN
Enrique Vergara Vial	Presidente	Hasta 05/2022
Javier Tapia Canales	Ministro Titular Abogado	Hasta 05/2020
Daniela Gorab Sabat	Ministro Titular Abogado	Hasta 05/2024
Eduardo Saavedra Parra	Ministro Titular Economista	Hasta 05/2020
María de la Luz Domper Rodríguez	Ministro Titular Economista	Hasta 05/2024
Jorge Hermann Anguita	Ministro Suplente Economista	Hasta 05/2020
Nicolás Rojas Covarrubias	Ministro Suplente Abogado	Hasta 05/2020

Asimismo, el TDLC cuenta con una asesora en el área comunicacional y un asesor en seguridad informática. Durante este período, hubo cambios en el equipo del Tribunal: se integraron la contadora Paula Fuentes Garrido, como asistente de administración y contabilidad grado 14 y la economista Olivia Aravena González en grado 8.

[1] La presente cuenta pública se editó antes del 12 de mayo de 2020 y, por consiguiente, la composición del Tribunal puede cambiar atendido que este año terminan su período los Ministros Titulares Javier Tapia y Eduardo Saavedra, así como los Ministros Suplentes Jorge Herman y Nicolás Rojas.

PERSONAL	CARGO	GRADO
María José Poblete Gómez	Secretaria Abogada	4
Angélica Burmester Pinto	Relatora Abogada	5
Carla Harcha Bloomfield	Relatora Abogada	6
Francisco Alvarado García	Relator Abogado	6
Valeria Ortega Romo	Relatora Abogada	6
Silvia Retamales Morales	Relatora Abogada	6
Francisco Muñoz Núñez	Economista	5
Nicolás Velasco Hodgson	Economista	6
Jorge Candia Palma	Economista	6
Olivia Aravena Gonzalez	Economista	8
Gladys Román Guggisberg	Encargada Administración y Finanzas	5
Paula Fuentes Garrido	Asistente de Administración y Contabilidad	14
Rodolfo Olea Cortés	Encargado de Informática	7
María Virginia Olivares Leiva	Encargada de Oficina de Partes	13
Alejandra Soto López	Secretaria Ejecutiva	15
Rose Marie Cisterna Gutiérrez	Oficial Primero	16
Loreto Moreno Molinet	Oficial de Secretaría	16
Marco Soto Ortiz	Auxiliar, Estafeta y Chofer	19
Gilda Quiroz Acosta	Auxiliar de Aseo	19

Administración del TDLC

Para alcanzar los objetivos que nos hemos trazado y continuar prestando servicios de calidad a nuestros usuarios, la Dirección de Presupuesto autorizó nuestra solicitud presupuestaria para implementar las mejoras sugeridas en términos de gestión y de infraestructura, aprobando la contratación de *softwares* que integren el área de gestión de personas, finanzas y contabilidad en una sola plataforma.

A principios de 2020 y en línea con lo acordado en el proceso de planificación estratégica y los objetivos fijados en la hoja de ruta para este año, comenzamos la implementación de estas mejoras. Gracias a ellas y a que habíamos pasado exitosamente a tramitación electrónica, pudimos enfrentar, como señalé, de buena manera la crisis que significó la llegada del virus Covid-19, contando con los sistemas y las conexiones suficientes para poder realizar y gestionar el trabajo jurisdiccional y administrativo de forma remota.

DE IZQUIERDA A DERECHA: Ministro (S) Nicolás Rojas C., Ministro Eduardo Saavedra P., Ministra Daniela Gorab S., Ministro Enrique Vergara V. (Presidente), Ministra María de la Luz Domper R., Ministro Javier Tapia C., Ministro (S) Jorge Hermann A.

Asimismo, se aprobó el diseño del proyecto de remodelación de nuestra sede de manera de sumar un espacio multifuncional bien equipado que sirva como de sala de audiencias y sala de reuniones cuando fuera necesario; así también se diseñó un espacio de trabajo compartido; la ampliación del área de trabajo del mesón de atención de público; y la habilitación de un nuevo puesto de trabajo. Sin embargo, debido a la situación imperante en octubre de 2019 y, luego, la llegada del Covid-19, estos trabajos han sido postergados, pero estamos preparados para reiniciarlos tan pronto sea ello posible.

Con estas medidas hemos continuado la modernización de la gestión, informatizando los procesos, fortaleciendo los equipos de trabajo y adaptando el espacio al aumento de personal y a las nuevas necesidades del Tribunal. Esperamos seguir por esta senda guiados por la hoja de ruta definida y que esperamos cumplir en el mayor grado que las circunstancias actuales nos permitan.

VI. INSTANCIAS ACADÉMICAS Y COMUNIDAD INTERNACIONAL

El Tribunal ha seguido participando en instancias académicas nacionales e internacionales y ha fomentado los lazos con la comunidad internacional especializada en libre competencia, participando en algunos encuentros institucionales.

Eventos Internacionales

El intercambio con los demás organismos e instituciones es un aporte invaluable para la resolución de los conflictos en esta sede en que el desarrollo de la doctrina y la experiencia internacional en una economía globalizada sirven de insumo y guía para la adopción de nuestras decisiones.

Como todos los años, el Tribunal, representado por su presidente o alguno de sus ministros, participó en los eventos más importantes organizados por las principales instituciones dedicadas a la política de competencia tales como la International Competition Network (ICN), el Global Forum Competition, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y la International Bar Association (IBA), entre otras.

Asimismo, ministros y profesionales del Tribunal han sido invitados como expositores a diversos seminarios y capacitaciones a otras agencias, como las que impartieron las ministras María de la Luz Domper y Daniela Gorab a jueces en Ecuador.

PALABRAS FINALES

Antes de terminar esta cuenta, que se da en este contexto tan especial, agradezco muy sinceramente a los ministros Javier Tapia y Eduardo Saavedra por el trabajo que han realizado los seis últimos años en el Tribunal. Hoy nos dejan, pero sus aportes y capacidades quedarán en nuestra memoria. Les deseamos la mejor de las suertes en los nuevos desafíos profesionales que emprendan. El mismo reconocimiento hago a los Ministros Suplentes Nicolás Rojas y Jorge Herman, quienes han estado permanentemente dispuestos a entregar sus capacidades cuando el Tribunal lo ha requerido.

Con esto termino esta cuenta pública, la que se da en este contexto tan especial. Nuestro modo de trabajar y la manera de relacionarnos nos ha obligado a adaptarnos. Todo lo anterior y la creciente importancia que ha ido adquiriendo la política de competencia para el desarrollo país, implican, como señalé, muchos desafíos para el tribunal, para los cuales desplegamos continuamente nuestros mejores esfuerzos con el fin de responder a ellos con la excelencia y el compromiso que esta institución y nuestro país se merecen.

Muchas gracias.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

MAYO 2019 ◆ ABRIL 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se encuentra un resumen de la doctrina más relevante emanada por el Tribunal en el período que va de mayo 2019 a abril 2020, tanto de resoluciones intermedias de los procesos como de resoluciones de término.

A su vez, en este capítulo se incluye una ficha con el resumen de todas las Sentencias, Resoluciones e Informes emanados del Tribunal en el período que se da cuenta, además de la parte considerativa de las mismas.

Exhorto nacional y término de prueba extraordinario para rendir prueba fuera de la Región Metropolitana de Santiago. (Resolución de 25.02.2020, en causa Rol C N° 377-19)

A solicitud de las partes, el Tribunal decretó un término probatorio extraordinario para rendir prueba testimonial fuera de la Región Metropolitana, mediante exhortos dirigidos a los jueces civiles o de letras correspondientes. La resolución se fundó en los artículos 22, inciso 2°, y 29 del D.L. N° 211, así como en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, y dispuso que los testigos deberán declarar ante la presencia de un ministro de fe en el tribunal exhortado, en audiencias que se realizarán mediante un sistema de video conferencia dirigidas por el TDLC desde sus dependencias.

Declaración de oficio de incompetencia absoluta para conocer la demanda. (Resoluciones de 12.09.2019 y 26.09.2019[1], en causa Rol C N° 380-19)

El Tribunal declaró de oficio su incompetencia absoluta para conocer la demanda presentada por un particular en contra de la Ilustre Municipalidad de Pichilemu. Ello, por cuanto estimó que se estaba impugnando la legalidad formal de un acto y no una conducta que pudiera tener un carácter anticompetitivo. Al respecto, señaló que el análisis de la legalidad en sentido estricto de las actuaciones de la administración tiene sus propias vías de control, las que son ajenas a la competencia del Tribunal.

Declaración de oficio de incompetencia absoluta para conocer la demanda (Resolución de 25.03.2020, en causa Rol C N° 392-20)

El Tribunal declaró de oficio su incompetencia para conocer la demanda de un particular en contra de un órgano de la administración por actos ilegales y ar-

[1] En dicha resolución se rechazó la reposición interpuesta por la parte demandante, con el voto en contra de las Ministras Sra. Gorab y Sra. Domper, quienes estuvieron por acoger dicha reposición, considerando improcedente la declaración de oficio de la incompetencia absoluta del Tribunal. Ello por las siguientes razones: (i) la reposición explicaría que el demandante imputa un conjunto de conductas anticompetitivas que no se limitan a la resolución del Director de Obras de la Municipalidad en cuestión; (ii) las Municipalidades están sujetas a las normas del D.L. N° 211; y (iii) la determinación de si los hechos acusados constituyen una infracción a dicho decreto ley, así como la ponderación de la calidad de las alegaciones y peticiones de la demanda, corresponden a un análisis de fondo que se debe realizarse en la sentencia, en mérito de los antecedentes que se aporten al proceso, por lo que llevarlo a cabo en esta oportunidad procesal, excedería el examen de admisibilidad de la demanda, prevista en el artículo 20 del D.L. N° 211.

bitrarios en el proceso de adjudicación de una licitación. Lo anterior, fundado en que: (i) la acción de impugnación ejercida es de competencia del Tribunal de Contratación Pública, por expreso mandato legal; (ii) adicionalmente, la demanda no indicaba el mercado relevante en que incidiría la conducta denunciada ni señalaba, ni siquiera de manera general, cómo se habría infringido la libre competencia; y (iii) tanto la Excma. Corte Suprema como el Tribunal han sostenido que, salvo casos excepcionales, este carece de competencia para conocer de hechos ilegales o arbitrarios que hayan tenido lugar con motivo de la adjudicación de una licitación.

Admisibilidad del recurso de reclamación respecto del ejercicio de la potestad de recomendación normativa. (Resolución de 22.08.2019, en causa Rol ERN N° 25-18)
En relación con los procedimientos sustanciados mediante el artículo 31 del D.L. N° 211, el recurso de reclamación solo se aplica respecto de aquellas resoluciones de término dictadas en ejercicio de la potestad prevista en el N° 2 del artículo 18 de dicho decreto ley, toda vez que la potestad propositiva del N° 4 del mismo artículo es de ejercicio discrecional del Tribunal y no tiene naturaleza jurisdiccional, sino que corresponde a una función de promoción o *advocacy*. El hecho de que la potestad propositiva se haya sometido al procedimiento establecido en el artículo 31 del decreto ley no implica de ninguna manera una modificación sustantiva a esta potestad.[2]

Representación del interés de la colectividad corresponde a la Fiscalía Nacional Económica (Resolución de 14.10.2019, en causa Rol C N° 375-19)
El Tribunal rechazó la solicitud de un diputado de hacerse parte en el procedimiento en calidad de tercero coadyuvante de los demandantes fundado en su "*afán de proteger los derechos de la comunidad que represent*[a]". El Tribunal señaló que, si bien el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil permite la intervención de terceros en carácter coadyuvante, en las causas tramitadas ante este Tribunal la representación del interés general de la colectividad corresponde a la Fiscalía Nacional Económica por expresa disposición del legislador.

[2] La Excma. Corte Suprema, conociendo los recursos de hecho en contra de la resolución del Tribunal, admitió la procedencia del recurso de reclamación en contra de las resoluciones que se pronuncian acerca del ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211. Ello, sobre la base de que del tenor literal del último inciso del artículo 31 del D.L. N° 211 no es posible inferir que el legislador haya limitado la procedencia del recurso de reclamación a los pronunciamientos dictados al amparo del N° 2 de su artículo 18. (Resolución de 25.10.2019 en las causas Roles 25.009-2019, 25.012-2019, 25.013-2019, 25.014-2019 y 25.015-2019)

Oportunidad para la exhibición del expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica. (Resoluciones de 04.02.2020 y 18.02.2020, en causa Rol C N° 386-19)
El Tribunal estableció que la oportunidad para establecer la exhibición del expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica, conforme con lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, es una vez que se haya contestado el requerimiento. Lo anterior, por cuanto dicho artículo establece que la exhibición sólo puede ser decretada respecto de aquellos documentos que digan relación con la cuestión debatida, la cual sólo puede definirse una vez trabada la litis, esto es, cuando han presentado todas las contestaciones al requerimiento deducido.

Exhibición de documentos en domicilio de terceros exhibientes. (Resoluciones de 26.11.2019 y de 05.12.2019, en causa Rol C N° 361-18)
El Tribunal accedió a comisionar a un ministro de fe, designado por el Tribunal, para obtener copia de los documentos cuya exhibición había ordenado previamente a un tercero, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 349 inciso final del Código de Procedimiento Civil.

Solicitud de exhibición de documentos que debieran estar en poder del solicitante. (Resolución de 05.12.2019, en causa Rol C N° 363-18)
Previo a proveer una solicitud de exhibición de documentos, el Tribunal ordenó que la parte solicitante exponga los motivos por los cuales tales documentos no obran en su poder, atendido que, por la propia naturaleza de los documentos, el solicitante debiera disponer de ellos.

Carga de elaboración de versiones públicas preliminares de documentos cuya exhibición se solicita. (Resoluciones de 10.03.2020 y 07.04.2020, en causa Rol C N° 379-19)
En audiencia de exhibición de un expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica que contenía un volumen significativo de documentos, muchos de ellos confidenciales, el Tribunal determinó que los gastos que irrogara la elaboración de las respectivas versiones públicas preliminares fuera de cargo de la solicitante de la exhibición. Así, se resolvió que (i) las versiones públicas de los documentos que contienen información confidencial cuya titularidad fuese del solicitante, deberían ser elaboradas por éste, y (ii) las versiones públicas de los documentos que contienen información confidencial cuya titularidad fuese

de terceros, debían ser elaboradas por la Fiscalía a costa del solicitante, previa consignación de los montos correspondientes.

Exhibición de documentos puede realizarse hasta 10 días antes de la vista de la causa. (Resolución de 17.09.2019, en causa Rol C N° 359-18)

El Tribunal dio lugar a una solicitud de exhibición de documentos fuera del término probatorio, fundado en que la exhibición de documentos es un medio para incorporar instrumentos al proceso, lo que puede realizarse hasta 10 días antes de la vista de la causa, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 9° del artículo 22 del D.L. N° 211.

Aplicación del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil. Adhesión al requerimiento. (Resolución de 09.11.2019, en causa Rol C N° 379-19)

La representación general de la colectividad que el D.L. N° 211 le otorga a la Fiscalía Nacional Económica no obsta a la aplicación del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil (CPC), ya que el legislador no le ha conferido a dicho organismo el ejercicio exclusivo de la acción en el procedimiento contencioso, tal como se desprende del artículo 20 del mencionado decreto ley. Sin embargo, atendida la naturaleza del procedimiento contencioso en materia de libre competencia y el interés público que el D.L. N° 211 busca proteger, la aplicación del artículo 21 del CPC depende del caso concreto, para lo cual se debe tener en consideración si la acción asiste a personas que puedan identificarse y determinarse con total claridad. En este caso, el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica mencionaba explícitamente a dos empresas que habrían sido excluidas por la requerida. Por tanto, se les puso en conocimiento la presentación de la Fiscalía, para que dichas empresas manifestaran si se adherían o no al requerimiento.

Adhesión al requerimiento. Designación de procurador común. (Resolución de 16.12.2019, en causa Rol C N° 379-19)

El Tribunal acogió la reposición deducida por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la resolución que ordenó designar un procurador común para la representación de esta y las dos empresas que, en virtud del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, habían adherido al requerimiento. La resolución se fundamenta en que la remisión del artículo 21 Código de Procedimiento Civil a los artículos 12 y 13 del mismo cuerpo legal no resulta aplicable al órgano persecutor. Adicionalmente, en este caso concreto, quienes adhirieron al requeri-

miento designaron a los mismos abogados patrocinantes y apoderados, por lo que resultaba innecesario el nombramiento de un procurador común.

Reposición en virtud de nuevos antecedentes. Imposibilidad de la Fiscalía Nacional Económica de decretar reserva o confidencialidad de información contenida en piezas del expediente de investigación, una vez que ésta se encuentra archivada. (Resolución de 16.03.2020 en causa Rol C N° 379-19)
El Tribunal rechazó un recurso de reposición interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, fundado en que los nuevos antecedentes a que se refiere el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil no pueden ser creados *ad hoc* por la parte que los invoca en su propio beneficio procesal.

Además, estimó que la resolución exenta dictada por dicho órgano e invocada como nuevo antecedente en el recurso, no cumplió con los requisitos legales, toda vez que: (i) la facultad del Fiscal Nacional Económico para declarar confidencial o reservada cierta información contenida en piezas del expediente, regulada en el artículo 39 letra a) del D. L. N° 211, se refiere a investigaciones en curso; (ii) la investigación sobre la que recaía la resolución en comento se encontraba archivada, por tanto, terminada, de acuerdo al propio instructivo interno para el desarrollo de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica; y (iii) la mencionada resolución fue dictada con posterioridad al cierre de la investigación y a la audiencia en que fue exhibido el documento respecto del cual se solicitó la confidencialidad.

Improcedencia de cumplimiento incidental de resolución dictada en procedimiento no contencioso. El obligado por una resolución no puede iniciar un procedimiento que busque su cumplimiento. (Resoluciones de 4.02.2020, 13.02.2020 y 25.02.2020, en causa Rol NC N° 435-16)
En las resoluciones en comento el Tribunal estableció que, debido a la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento reglado en el artículo 31 del D.L. N° 211, las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución de las resoluciones no le son aplicables. Así, en virtud del artículo 39 letra d) del D.L. N° 211, es la Fiscalía Nacional Económica, la que debe velar por el cumplimiento de las decisiones que dicte este Tribunal, teniendo la posibilidad, en caso que fracase la vía administrativa, de iniciar un procedimiento contencioso por un eventual incumplimiento de la resolución dictada en una consulta.

A su vez, el Tribunal aclaró que el obligado por una resolución dictada en el marco del procedimiento de consulta debe cumplir su obligación y no corresponde que inicie un proceso de cumplimiento incidental.

Improcedencia de costas personales en favor de terceros que sólo se hacen parte en el proceso. (Resolución de 12.03.2020, en causa Rol C N° 299-15)
El Tribunal estableció que no se irrogaron costas personales en favor de terceros que únicamente se hicieron parte en el proceso, sin realizar ninguna gestión para obtener un resultado favorable en el juicio.

No pueden intervenir en la audiencia pública aquellos interesados que hayan aportado antecedentes fuera del plazo. (Resolución de 22.10.2019, en causa Rol NC N° 458-19)
El Tribunal recibió antecedentes de un interesado fuera del plazo para aportar antecedentes fijado de la forma señalada en el artículo 31 N° 1 del D.L. N° 211, el que, además, ya había sido prorrogado en una oportunidad. Sin embargo, consideró que, conforme con lo dispuesto en numeral 3 del artículo citado, dicho interesado no podría alegar en la audiencia pública respectiva.

Diferencias entre proceso consultivo y contencioso. Revisión de medidas impuestas en una sentencia. Cosa juzgada. (Resolución N° 57/2019)
El Tribunal indicó que es posible modificar las medidas impuestas en una sentencia por medio de una resolución dictada en un procedimiento de consulta. Lo anterior por cuanto el objeto de la consulta consistió en la revisión de las condiciones que deben ser cumplidas en ciertos actos y contratos, y no la determinación de la responsabilidad y sanción de un actor en particular, no existiendo una contienda de aquellas que corresponde conocer por medio del procedimiento contencioso del artículo 20 del D.L. N° 211. En todo caso, el Tribunal sostuvo que ambos procedimientos –consultivo y contencioso– resguardan de manera adecuada el debido proceso, sin perjuicio de las particularidades procesales que cada uno de ellos pueda tener atendida la materia de fondo sobre la cual recaen.

Asimismo, señaló que el procedimiento consultivo tampoco se diferencia mayormente del contencioso en lo que respecta a los tipos de condiciones o medidas que pueden imponerse. En ambos casos, el legislador habría entregado plena libertad al Tribunal para definir esas medidas, según se desprende de lo indicado en el

artículo 3º del D.L. N° 211. Con todo, lo anterior no implica que las medidas que puedan ser impuestas en el marco de un procedimiento de consulta sean idénticas a las que se refiere el artículo 26 del D.L. N° 211, pues no se debe desatender las potestades que en cada caso ejerce esta magistratura. Así, mientras las medidas establecidas en esta última disposición tienen un carácter sancionatorio, las adoptadas en el procedimiento de consulta suponen una mirada prospectiva.

Finalmente, el Tribunal consideró que las características anteriormente descritas harían que la alegación de cosa juzgada no deba ser acogida en el presente caso, pues la cosa juzgada meramente formal en un procedimiento anterior no puede constituir en sí misma una causal para abogar por la inmutabilidad de las medidas impuestas en dicho procedimiento. En consecuencia, siempre se pueden modificar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. En efecto, la posibilidad de modificarlas no depende del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción.

Alcance del proceso consultivo. (Resolución N° 59/2019)

La potestad consultiva implica que el Tribunal desarrolla una función preventiva administrativa, consistente en autorizar –con o sin condiciones– o rechazar el hecho, acto o contrato consultado, sea este presente o futuro, a fin de evitar o minimizar la posibilidad de que se ponga en riesgo la libre competencia.

Asimismo, el Tribunal consideró que uno de los requisitos para que pueda ejercerse la potestad consultiva es que el hecho, acto o contrato consultado sea específico y lo suficientemente determinado como para que pueda emitirse un pronunciamiento a su respecto, excluyendo de su análisis los actos aún no ejecutados que se basen en situaciones hipotéticas.

Finalmente, destacó que el límite a las condiciones que se pueden fijar en un procedimiento no contencioso, iniciado por una consulta, dice relación con que en esta clase de procesos no es posible reglar de manera general un mercado, sino que se analiza un acto, hecho o contrato celebrado o por celebrarse, respecto del cual se pueden imponer diversas medidas o condiciones. Por tanto, la limitación de la competencia del Tribunal en este proceso está dada por el acto, hecho o contrato consultado.

172 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

SENTENCIA N° 172/2020

(Causa Rol C N° 321-17)

"Requerimiento de la FNE contra Industrial
y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra."

Fecha dictación: 8 de enero de 2020.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Requirente: Fiscalía Nacional Económica ("FNE")

Requeridas: Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. ("Baxter") y Laboratorio Sanderson S.A. ("Sanderson")

Resumen de la controversia: La FNE acusó a Baxter y Sanderson de infringir el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del Decreto Ley N° 211, al celebrar acuerdos destinados a afectar el resultado de dos procesos de licitación pública, a saber: (i) la licitación ID 4309-190-LP12, convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción ("Licitación Hospital"), relativa a la adquisición de cloruro de sodio 0,9% inyectable, contenido en envases colapsables de 100 ml; y (ii) la licitación ID 621-163-LP12, convocada por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Licitación Cenabast"), relativa a la adquisición de suero fisiológico de 100 ml. En razón de lo anterior, solicitó al Tribunal que declare que las requeridas han ejecutado y celebrado los acuerdos anticompetitivos imputados; se les prohíba ejecutar las conductas acusadas en el futuro; se imponga a ambas requeridas la multa de 200 UTA o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho y las condene al pago de las costas.

Sanderson contestó el requerimiento, solicitando su rechazo y pidiendo expresa condena en costas. La requerida negó haber participado en algún acuerdo colusorio y afirmó, que, en cualquier caso, no es sancionable la mera existencia de un acuerdo, debiendo probarse la existencia de

los demás elementos que constituyen la colusión. Sostuvo que en este caso el acuerdo no confirió poder de mercado porque, de existir, no produjo efectos. Finalmente, opuso excepción de prescripción respecto del acuerdo requerido por la FNE en el marco de la Licitación Hospital en relación a los hechos acontecidos antes del 14 de julio de 2012.

Baxter contestó el requerimiento solicitando su rechazo, con condena en costas. La requerida negó las imputaciones de la FNE y sostuvo que el requerimiento adolece de fallas e imprecisiones. Señaló que las imputaciones carecen de racionalidad económica porque los acuerdos buscarían que su principal competidor se adjudicara las licitaciones, lo que atentaría en contra de sus propios intereses. Además, los acuerdos acusados carecen de aptitud objetiva para producir efectos, pues no se habría incrementado el poder de mercado en los mercados relevantes ni se habrían generado rentas sobre normales o alzas de precios.

Resolución del Tribunal: El Tribunal acogió en su totalidad el requerimiento de la FNE, declarando que Baxter y Sanderson celebraron acuerdos destinados a afectar los resultados de las licitaciones Hospital y Cenabast, para la adquisición de suero fisiológico de 100 ml.

El Tribunal aplicó la multa total solicitada por la FNE de 400 UTA a pagarse en partes iguales por cada una de estas empresas, pese a que ambos acuerdos no lograron finalmente concretarse y, por ende, Baxter y Sanderson no obtuvieron un beneficio económico producto de la infracción. Junto con lo anterior, impuso a las requeridas la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia para evitar que estas conductas se repitan en el futuro.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 16986 - 2020). El 21 de febrero de 2020, se tuvo por desistido del recurso de reclamación a Laboratorio Sanderson S.A.

Temas que trata: Colusión en licitación, determinación de multa en colusión sin beneficio económico.

SENTENCIA N° 172/2020

Santiago, ocho de enero de dos mil veinte.

VISTOS:

A. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica

1. A fojas 2, el 7 de julio de 2017, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") interpuso un requerimiento contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. ("Baxter") y Laboratorio Sanderson S.A. ("Sanderson"), acusándolas de haber infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, al celebrar acuerdos destinados a afectar dos procesos de licitación pública, a saber: (i) la licitación ID 4309-190-LP12, convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción ("Licitación Hospital"), relativa a la adquisición de cloruro de sodio 0,9% inyectable, contenido en envases colapsables de 100 ml; y (ii) la licitación ID 621-163-LP12, convocada por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Licitación Cenabast"), relativa a la adquisición de suero fisiológico de 100 ml. Fundamenta su acusación en los siguientes hechos que, a su juicio, dan cuenta de que las requeridas habrían desplegado estrategias destinadas a la afectación de procesos de licitación pública:

1.1. Señala que, a partir de dos denuncias, se dio inicio a la investigación Rol FNE N° 2022-12 que sirve de antecedente al requerimiento interpuesto en autos. Durante dicha investigación, la FNE indica que fue autorizada para llevar a cabo diligencias de entrada, registro e incautación de especies y de interceptación y registro de comunicaciones.

1.2. En cuanto a los hechos acusados, la FNE expone que las requeridas habrían tomado contacto –por medio de llamadas, mensajes de texto o reuniones presenciales– antes de la fase de presentación de ofertas de ambas licitaciones objeto del requerimiento, a través de sus gerentes generales, Christian Quiroga, de Baxter, y Mariano Ojeda, de Sanderson. La FNE agrega que los gerentes generales serían quienes tomaban la decisión de presen-

tarse a una licitación como las incluidas en el requerimiento, así como sobre el precio que ofrecerían.

1.3. En lo que respecta a la Licitación Hospital, la Fiscalía expone lo siguiente:

i. Esta licitación comprendía 16 líneas de sueros, dentro de los cuales el cloruro de sodio 0,9% de 100 ml en envase flexible representaba alrededor del 40% del monto total adjudicado. Agrega que sus bases fueron publicadas el 11 de julio de 2012 y el cierre de la fase de presentación de ofertas fue establecido para el 31 de julio de ese año. La oferta de Sanderson fue subida al sistema el 30 de julio de 2012 y la oferta de Baxter fue subida al sistema el 31 de julio del mismo año.
ii. Las requeridas habrían acordado, a través de sus gerentes generales, que Sanderson se adjudicaría la licitación y que Baxter presentaría una oferta de cobertura o se abstendría de ofertar. La FNE indica que existiría evidencia que demostraría que el acuerdo alcanzado entre las requeridas no fue ejecutado por el equipo de ventas de Baxter de la forma prevista por su gerente general, por lo que esta licitación habría sido adjudicada a Socofar S.A., que actuó en representación de Baxter, y no a Sanderson, como estaba acordado. Este incumplimiento se habría debido a que el Sr. Quiroga se encontraba de vacaciones fuera del país.
iii. Como evidencia de lo anterior, la FNE cita un extracto de una conversación telefónica que tuvo lugar entre el Sr. Quiroga y la Sra. Nicole Valenzuela García, supervisora de ventas de Baxter. La Fiscalía indica que dicha conversación revelaría la existencia de una reunión entre Christian Quiroga y el Sr. Ojeda, en la que habrían conversado de resultados de procesos de licitación de sueros y de las proyecciones de las requeridas, además de un reconocimiento por parte del Sr. Quiroga de haber incumplido el acuerdo imputado. La Fiscalía agrega que el Sr. Quiroga habría manifestado en dicha conversación que el Sr. Ojeda le habría pedido ayuda para mejorar las ventas de Sanderson, por lo que le habría solicitado a la Sra. Valenzuela que verificara *qué hay* para *entregarle algo para ID* a Sanderson para poder *darle una mano*. Por último, la FNE señala que el Sr. Quiroga habría manifestado en dicha

conversación que lo anterior tendría por objeto evitar que las requeridas compitieran en precios.

1.4. En lo que respecta a la Licitación Cenabast, la Fiscalía expone lo siguiente:

i. Las bases de esta licitación fueron publicadas el 31 de agosto de 2012 y la fase de presentación de ofertas cerró el 21 de septiembre del mismo año. Sanderson habría presentado su oferta el 20 de septiembre de 2012 y Baxter no habría presentado ninguna oferta ni directa ni indirectamente.
ii. Las requeridas habrían acordado que Sanderson se adjudicaría la licitación mediante la abstención de Baxter de participar en ella.
iii. La evidencia reflejaría que, en un principio, el equipo de ventas de Baxter habría pretendido presentar una oferta en esta licitación, pero que dicha pretensión habría sido frustrada por la Sra. Valenzuela. Según explica la FNE, la Sra. Valenzuela habría enviado a los ejecutivos de Socofar, a través de un correo electrónico de 13 de septiembre de 2012, un archivo Excel, donde antes se indicaba el precio de las ofertas para Baxter y Socofar, señalando "no nos presentaremos". Este cambio de criterio habría obedecido a un acuerdo entre las requeridas lo que se reflejaría en que, durante la mañana del 13 de septiembre de 2012, ejecutivos de Baxter se habrían reunido para preparar las ofertas relativas a licitaciones de Cenabast que enviarían a Socofar; y que, entre los días 10 y 13 de septiembre de ese año, Christian Quiroga y Mariano Ojeda habrían intercambiado siete mensajes de texto.
iv. En esta licitación Baxter no se presentó, Sanderson ofertó un precio unitario de $290 y B. Braun Medical SpA ("B. Braun") ofertó $275 por su producto *Ecoflac*, resultando este último adjudicatario de la licitación por un monto total de $400.000.000 (cuatrocientos millones de pesos).
v. Luego de ello, la FNE indica que en una conversación entre el Sr. Quiroga y la Sra. Valenzuela, ambos de Baxter, la Sra. Valenzuela se habría lamentado que B. Braun se hubiere adjudicado la licitación por un error de cálculo de Sanderson, ya que podrían habérsela adjudicado ellos. Agrega que el Sr. Quiroga habría hablado de esto con el Sr. Ojeda, quien le habría señalado que no lo habían dejado ir al precio que él quería,

a lo que el Sr. Quiroga le habría preguntado por qué no lo avisó de esta última circunstancia.

1.5. En relación con el mercado afectado por las conductas descritas en el requerimiento, la FNE señala que existen dos mercados relevantes del producto distintos. El primero de ellos es el de la Licitación Hospital, el que corresponde a la *provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase flexible de volumen de 100 ml*; y, el segundo, es el de la Licitación Cenabast el que corresponde a la *provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase colapsable de volumen de 100 ml*. Agrega que, tratándose de licitaciones públicas, no existen bienes sustitutos eficaces, ya que el producto queda determinado en las bases de licitación.

1.6. En cuanto al mercado relevante geográfico, la FNE expone que el mercado afectado por los ilícitos imputados corresponde al territorio nacional.

1.7. La FNE indica, respecto del poder de mercado de las requeridas, que éste debe ser analizado desde una perspectiva general, dado que, en licitaciones públicas, la competencia se da "por" la cancha y no "en" la cancha. Siguiendo esta argumentación, señala que las requeridas han concentrado más del 70% de las adjudicaciones de suero de 100 ml en licitaciones convocadas por el sector público, en el período que va de 2009 a 2014. Añade que las dos licitaciones afectadas por los hechos denunciados en el requerimiento comprendieron grandes volúmenes, lo que habría dificultado la participación de algunos laboratorios.

1.8. En relación con el derecho aplicable, señala que concurren en la especie todos los requisitos para configurar los ilícitos anticompetitivos colusorios en ambas licitaciones. En relación con la Licitación Hospital, la circunstancia de que Baxter se haya alejado del acuerdo con Sanderson no es impedimento para que se le imponga una sanción, citando para ello la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en el procedimiento Rol N° 5128-2016. Señala al respecto que la mera existencia del acuerdo es reprochable, independiente de su grado de ejecución. En cuanto a la Licitación Cenabast, expone que el hecho de que ésta se haya adjudicado a un

tercero no convierte el acuerdo en lícito, toda vez que Baxter podría haber participado a un precio inferior al que se adjudicó.

1.9. Por último, justifica la sanción solicitada en que: (i) se trataría del ilícito anticompetitivo de mayor gravedad; (ii) el producto involucrado es un producto que debe estar presente en todos los centros de salud de forma ininterrumpida; y (iii) el efecto disuasorio que debe ponderarse para remover los incentivos a coludirse.

1.10. En razón de lo anterior, la Fiscalía solicita que se acoja el requerimiento interpuesto en contra de Baxter y Sanderson y que:

i. Se declare que las requeridas han ejecutado y celebrado los acuerdos anticompetitivos que se les imputan, en infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211;
ii. Se les prohíba ejecutar las conductas imputadas en el futuro, ya sea directa o indirectamente, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes;
iii. Se imponga a Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. una multa de 200 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho;
iv. Se imponga a Laboratorio Sanderson S.A. una multa de 200 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho; y
v. Se condene a Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y a Laboratorio Sanderson S.A. al pago de las costas de la causa.

B. Contestación de Laboratorio Sanderson S.A.

2. A fojas 88, Sanderson contestó el requerimiento, solicitando su total rechazo, con expresa condena en costas y, en subsidio, que se rebaje la multa solicitada por la FNE. En términos generales, Sanderson niega haber participado en algún acuerdo colusorio y niega, también, los hechos que motivan el requerimiento de la Fiscalía, quien invocaría erradamente la tentativa de colusión, figura que, a su juicio, no existe en la legislación chilena de libre competencia.

Sanderson funda sus alegaciones en los antecedentes que se indican a continuación:

2.1. En relación con el producto objeto de las licitaciones acusadas en autos, Sanderson señala que el suero se trata de un producto farmacéutico de uso humano, sujeto al control del Instituto de Salud Pública de Chile, el que para ser distribuido en el territorio nacional requiere contar previamente con un registro sanitario. Añade que este producto se puede comercializar en distintos tipos de contenedores, los que, si bien no afectan la finalidad del producto, le otorgan propiedades que hacen que algunos sean más fáciles de administrar. Estos distintos envases son: ampollas, bolsas de PVC, bolsas sin PVC, envases semirrígidos y envases de vidrio. Los oferentes de este producto son fabricantes locales, importadores y distribuidores de ambos. Al respecto, indica doce empresas que tienen registrado el producto cloruro de sodio 0,9% inyectable en 100 ml en Chile, las que lo comercializan en distintos contenedores.

2.2. En cuanto al abastecimiento de suero por el sistema público, Sanderson indica que se hace a través de licitaciones públicas y privadas, así como vía convenios marco o venta directa, en los términos regulados por la normativa respectiva. Indica que, en las licitaciones públicas, el licitante indica el producto, describiéndolo con su principio activo (cloruro de sodio), la concentración (0,9%), el volumen (100 ml) y una referencia a las características del envase. Así, en la Licitación Hospital el envase señalado era *envase flexible* y en la Licitación Cenabast era *envase tipo Viaflex (colapsable)*. Al respecto, las bases de licitación no definen qué debe entenderse por los términos "flexible" o "colapsable" y la referencia a marcas –Viaflex es la marca de bolsas de Baxter– deja un margen discrecional a las comisiones evaluadoras respectivas en cuanto a definir si el producto ofrecido por los oferentes de la licitación cumple con los requisitos técnicos establecidos.

2.3. En lo que respecta a la definición del mercado relevante efectuada por FNE para cada acuerdo requerido, Sanderson señala que ésta no considera el universo de productos que en la práctica pudieron haber participado en dichas licitaciones ya que no se condice con el tenor literal de la descripción

del producto entregado en las bases de licitación respectiva, utilizando conceptos cuyo contenido no es claro.

2.4. En cuanto al derecho aplicable, señala que, atendido que las infracciones acusadas habrían tenido lugar en el año 2012, corresponde aplicar el texto del D.L. N° 211 vigente a esa época. Agrega que, si bien la FNE imputa a las requeridas la infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, en los hechos solo es aplicable la imputación al inciso segundo letra a) atendido que, durante la investigación que antecede el requerimiento se solicitaron y realizaron medidas reguladas en el artículo 39 n), las que solo tienen lugar en investigaciones destinadas a acreditar infracciones al inciso segundo letra a) del mencionado artículo. En este sentido, indica que deben probarse todos los elementos del tipo de la colusión, a saber: (i) la existencia de un acuerdo; (ii) que los sujetos activos del acuerdo son competidores entre sí; (iii) el objeto del acuerdo; (iv) la circunstancia de que el acuerdo tiene la aptitud para conferir poder de mercado a las requeridas; y (v) que el acuerdo impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir dichos efectos. En relación con el primer elemento del tipo, Sanderson señala que lo acusado es un acuerdo y no una práctica concertada, por lo que debe probarse una manifestación de voluntad de los partícipes en orden a concretar el acuerdo acusado.

2.5. Sanderson destaca que la mera existencia de un acuerdo no es sancionable en sí mismo, como pretende la FNE en su requerimiento, sino que se deben acreditar todos los elementos del tipo colusivo, indicados en el punto anterior. De esta forma, señala que no existe la tentativa de colusión ya que el tipo, en la forma en la que está descrito, exige la producción de un resultado, a saber, que el acuerdo confiera poder de mercado a las partes.

2.6. En lo que respecta al potencial poder de mercado que puede haber conferido el acuerdo, Sanderson indica que el requerimiento es erróneo al atribuirle poder de mercado a las requeridas a través del alto porcentaje que ellas habrían concentrado en las adjudicaciones de suero de 100 ml en licitaciones convocadas por el sector público y por el hecho que ellas habrían sido las que normalmente se adjudicaron licitaciones de grandes vo-

lúmenes de suero. Fundamenta lo anterior en que la información de ventas por licitaciones refleja el resultado de la licitación y no el proceso competitivo que lleva a éste. Agrega que, atendida las particularidades de una licitación, es cuestionable que se pueda ejercer poder de mercado en ellas. Por último, indica que, a la fecha de las licitaciones existían otros actores relevantes en el mercado que eran capaces de desafiar a Sanderson y Baxter. Expone que, en consecuencia, aún en el escenario de que haya existido un acuerdo, éste no habría podido conferirles poder de mercado a las requeridas ya que siempre existía la posibilidad de que un tercero se adjudicara la licitación, tal como ocurrió en la Licitación Cenabast.

2.7. En cuanto a los hechos descritos en el requerimiento para probar la existencia de un acuerdo en la Licitación Hospital, Sanderson expone que la FNE se limita a señalar que habría existido un acuerdo antes de presentar las ofertas en la licitación, el que habría sido infringido por parte de Baxter, quien, por equivocación se habría adjudicado la licitación. Para demostrar lo anterior, la FNE utilizó extractos de una conversación entre el Sr. Quiroga, gerente de Baxter, y la Sra. Nicole Valenzuela, supervisora de ventas de Baxter. En relación con dichas conversaciones Sanderson indica:

i. Que no resulta verídico que en dicha conversación se hayan estado refiriendo a Sanderson cuando, de acuerdo a la Fiscalía, se estaría dando cuenta de una solicitud de ayuda del Sr. Ojeda al Sr. Quiroga para mejorar las ventas de sueros de Sanderson. Lo anterior porque, durante el año 2012 en el que se habría producido dicha conversación, las ventas de Sanderson no estaban complicadas, sino que, por el contrario, habían sido mejores que las del año anterior.
ii. Las conversaciones telefónicas extractadas en el requerimiento darían cuenta de que la Sra. Valenzuela, quien habría presentado la oferta por parte de Baxter, sí habría estado en conocimiento del supuesto acuerdo acusado en autos, por lo que no resultaría lógico que no hubiese consultado el monto del precio antes de ofertar.
iii. Sin perjuicio de lo indicado en los dos puntos anteriores, Sanderson expone que las conversaciones entre los ejecutivos de Baxter y Sanderson tendrían diversas justificaciones comerciales tales como

la compra de Baxa (empresa filial de Fresenius Kabi, controladora de Sanderson) por parte de Baxter, roturas de stock de sueros o la compra de productos oncológicos por parte de una relacionada de Sanderson.

2.8. En cuanto a los hechos descritos en el requerimiento para probar la existencia de un acuerdo en la Licitación Cenabast, Sanderson señala que la FNE habría asumido la existencia de un acuerdo por el intercambio de una planilla entre Baxter y Socofar para presentar una oferta en esta licitación y por el hecho de que posteriormente Baxter decidió no ofertar. Al respecto, Sanderson señala que el supuesto acuerdo descrito por la FNE no tendría sentido y sería contradictoria con la afirmación contenida en el requerimiento de que los gerentes de los laboratorios eran quienes tomaban la decisión de participar en una licitación y del precio a ofertar. Lo anterior, atendido que un fragmento de la conversación indicada en el requerimiento daría cuenta que el Sr. Ojeda no pudo presentarse al precio que quería.

2.9. En relación con el objeto del acuerdo acusado en la Licitación Cenabast, Sanderson indica que el requerimiento señala que este podría ser el que Sanderson presentaría una oferta determinada y Baxter se abstendría de participar. Al respecto, afirma que ello parece ser una conclusión forzada extraída a partir de la información disponible en la plataforma "mercado público" más que una conclusión de la conversación de la Sra. Valenzuela extractada en el requerimiento.

2.10. Sanderson agrega, en relación con la licitación Cenabast, que es razonable suponer que el Sr. Ojeda sabía que Sanderson no sería el adjudicatario de esta licitación, aún con la existencia de un acuerdo colusorio. Lo anterior, porque aun cuando Sanderson hubiese ofertado al costo de esta época, en razón de las deducciones de puntajes por retiros del Instituto de Salud Pública no habría podido ganar la licitación al laboratorio B. Braun.

2.11. Por último, Sanderson indica que, sin perjuicio de lo anterior, la multa solicitada por la Fiscalía es excesiva, atendido que ninguno de los dos acuerdos requeridos le habrían generado beneficios económicos y que no existe una colusión entre las requeridas ni circunstancias que agraven la conducta.

2.12. En subsidio de los argumentos expresados en los números anteriores, Sanderson opuso excepción de prescripción respecto del acuerdo requerido por la FNE en el marco de la Licitación Hospital, en relación con los hechos acontecidos antes del 14 de julio de 2012. Indica que la FNE señala en su requerimiento que el acuerdo habría tenido lugar *antes del cierre de la fase de presentación de ofertas*, lo que razonablemente debió ocurrir después de la publicación de las bases de licitación respectivas, esto es, el 11 de julio de 2012 y antes de que el Sr. Quiroga se fuera de vacaciones y del cierre de la fase de presentación de ofertas, lo que tuvo lugar el 31 de julio de 2012

C. Contestación de Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda.

3. A fojas 136, Baxter contestó el requerimiento solicitando su total y absoluto rechazo, con expresa condena en costas. En términos generales, Baxter niega y controvierte las imputaciones efectuadas por la Fiscalía en su requerimiento, argumentando además que el requerimiento adolecería de diversas fallas e imprecisiones.

3.1. Indica que Baxter es un laboratorio destinado a la comercialización, manufactura y distribución de productos para la salud, sus componentes y derivados. Expone que es titular de registros sanitarios de productos farmacéuticos, los que importa desde el extranjero. Respecto del producto cloruro de sodio, señala que Baxter lo comercializa como solución inyectable en bolsa colapsable en diversas concentraciones y formatos y que lo importa desde su planta en Colombia. Agrega que para los productos que consisten en soluciones intravenosas utilizan un envase con tecnología propia y patentada.

3.2. En relación con las imputaciones realizadas por la FNE, Baxter indica que son implausibles por cuanto carecerían de racionalidad económica y comercial para Baxter, quien, de acuerdo con la Fiscalía, habría celebrado dos acuerdos. En cada uno de ellos habría pactado que Sanderson, a quien califica como su principal competidor, se adjudicase licitaciones, yendo en contra de sus propios intereses. Agrega que acuerdos como los acusados son inviables de acuerdo a la teoría económica, ya que es imposible que concurran los elementos mínimos para que exista colusión, a saber, la detección y el castigo.

3.3. Señala que no concurrirían en la especie los requisitos necesarios para configurar las conductas acusadas. En relación con la existencia de los acuerdos acusados, indica que las conversaciones telefónicas extractadas por la Fiscalía en su requerimiento no constituyen evidencia de los mismos. En específico, señala que se refieren exclusivamente a conversaciones entre empleados de Baxter, las que tuvieron lugar una vez finalizados los procesos de licitación objeto de la acusación y cuyo contenido habría sido sacado fuera de contexto por la FNE. Adicionalmente, Baxter relata que los acuerdos acusados carecen de aptitud objetiva para producir efectos anticompetitivos, ya que, atendido los hechos expuestos en el requerimiento, no se habría incrementado un supuesto poder de mercado en los mercados relevantes definidos por cada una de las licitaciones ni tampoco se habrían generado rentas sobrenormales o alzas de precios. Agrega que tampoco habría existido voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo acusado.

3.4. En lo que respecta a la Licitación Hospital, Baxter señala que, según lo expuesto por la FNE, el acuerdo se habría materializado por los gerentes generales de cada uno de los laboratorios requeridos, previo al cierre de la fase de presentación de ofertas, sin que aporte evidencia al respecto. Agrega que la Fiscalía no explica el supuesto acuerdo, ya que podría haber consistido en que Baxter presentaría una oferta de cobertura en dicha licitación o bien no presentaría oferta alguna. Alega que esta falta de determinación de la conducta acusada estaría en contradicción con el principio de congruencia que rige en los procesos acusatorios.

3.5. Luego, indica que la participación de Baxter en la Licitación Hospital (lo que la FNE califica como una salida del acuerdo por parte de esa requerida) habría obedecido a hechos que desvirtuarían los hechos reproducidos en el requerimiento. En específico indica que:

i. A la fecha de presentación de las ofertas, el Sr. Quiroga, quien según la Fiscalía habría celebrado el acuerdo con Sanderson, no se encontraba de vacaciones, ya que éstas finalizaron el 30 de julio de 2012 y la oferta fue presentada el 31 de julio de dicho año. Concluye de lo anterior que

la persona a quien la Fiscalía calificó como quien tenía la decisión de concurrir a las licitaciones y de ejecutar el acuerdo con Sanderson, se encontraba en una posición de asegurar que éste sería cumplido; y

ii. Baxter se habría estado preparando por largo tiempo para poder ofertar en esta licitación de forma competitiva, lo que habría involucrado la negociación y cierre de un contrato con Socofar, el que fue suscrito por el mismo Sr. Quiroga. Indica que este contrato habría jugado un rol preponderante en la adjudicación de cinco de las 16 líneas de productos incluidos en la licitación (entre ellos, suero en concentración 0,9% en formato de 100 ml). Argumenta lo anterior en que Socofar era una empresa que contaba con una capacidad logística de la que Baxter carecía y que necesitaba para ser competitivo tanto en las licitaciones llamadas por el Hospital Guillermo Grant Benavente ("HGGB") como en las llamadas por Cenabast, por cuanto ambas exigían contar con una logística de distribución con la que Baxter no contaba.

3.6. En relación con la Licitación Cenabast, Baxter indica que, si bien a esa fecha contaban con el producto requerido, no participaron de dicha licitación por razones distintas a las expuestas por la FNE en su requerimiento. Señala que Baxter se encontraba imposibilitada de competir en dicha licitación, por cuanto: (i) no cumplía con el requisito de admisibilidad técnica de la oferta establecido en el capítulo V. 3.4. de las bases de licitación relativo al período de eficacia del producto ofertado, el que debía ser mayor o igual a doce meses contados desde la entrega de los productos; y (ii) no contaba con la información legal requerida de acuerdo a los criterios de admisibilidad técnica de la oferta establecidos en el capítulo V. 3.5. letra b) de las respectivas bases de licitación, en específico, el certificado GMP (*good manufacturing practice)* emitido por la autoridad colombiana, debidamente legalizado por las autoridades chilenas.

3.7. Agregan que el que no hayan participado en la Licitación Cenabast no constituía un hecho aislado, ya que desde el año 2009 al año 2014 Baxter no pudo participar de los procesos de licitación convocados por la Cenabast por no cumplir con el requisito de fechas de expiración de los productos licitados. Lo anterior, con la excepción de dos procesos de licitación de los

años 2009 y 2014 donde sí participaron porque contaban con un producto específico importado desde Brasil que cumplía con dicha exigencia.

3.8. En adición a lo anterior, Baxter acusa a la Fiscalía de hacer una representación tendenciosa de los hechos a partir de conversaciones telefónicas entre ejecutivos de Baxter. Indica que la conversación entre el Sr. Quiroga y la Sra. Valenzuela, extractada en el requerimiento, tuvo lugar el 5 de octubre de 2012, catorce días después del cierre de la fase de presentación de ofertas de la Licitación Cenabast y más de dos meses después del cierre de la fase de presentación de ofertas de la Licitación Hospital. Agrega que, a diferencia de lo sugerido por la FNE en su requerimiento, la conversación fue entre ejecutivos de Baxter y no entre los gerentes generales de los laboratorios requeridos. Concluye entonces que los antecedentes en los que la FNE basa su acusación son presentados de forma distorsionada, imputándoles un sentido y causalidad que no tienen y que, en todo caso, habrían sido desvirtuados por la conducta efectiva de Baxter.

3.9. En lo que respecta a los mercados relevantes, Baxter indica que éstos serían cada una de las licitaciones requeridas a nivel nacional. Indica que, en este sentido, las participaciones de mercado deben ser calculadas para cada uno de los mercados relevantes, no siendo significativa entonces la participación histórica de las requeridas en las licitaciones públicas, como pretendería la Fiscalía. Agrega que se debe considerar en dicho análisis a todas las empresas que tenían el registro del Instituto de Salud Pública ("ISP") que les habría permitido participar en dichas licitaciones.

3.10. En cuanto al poder de mercado, Baxter expone que el requerimiento no indica de qué forma se configuraría el poder de mercado que habrían obtenido Baxter y Sanderson producto de los acuerdos acusados ni cómo dicho poder de mercado habría afectado la competencia en las licitaciones requeridas. Añade que el acuerdo acusado respecto de la Licitación Hospital no pudo conferir poder de mercado ya que éste no se habría cumplido por parte de Baxter. En cuanto a la Licitación Cenabast señala que el hecho de que B. Braun se haya adjudicado la licitación, demostraría de forma innegable que las requeridas carecían de poder de mercado.

3.11. En lo referente al derecho aplicable, Baxter indica que en la especie no concurrirían los requisitos legales ni jurisprudenciales para configurar las conductas acusadas por la FNE en su contra. En relación con el objeto o finalidad del acuerdo, Baxter señala que éste carecería de racionalidad económica y comercial para ellos. Expone que la tesis planteada en el requerimiento, donde se acusan dos supuestos acuerdos colusorios como hechos aislados e independientes entre sí, no tiene sustento teórico alguno, ya que técnicamente la colusión no ocurre en "juegos de un tiempo". De esta forma, la inhabilidad de los supuestos partícipes de los acuerdos acusados de compartir el botín, eliminaría todo incentivo para realizar y mantenerse en la conducta acusada.

3.12. En subsidio de las alegaciones y defensas antes descritas, Baxter indica que la multa solicitada sería excesiva atendido: (i) la inexistencia de beneficio económico para ella de los acuerdos acusados; (ii) la falta de gravedad de las conductas acusadas, ya que su extensión habría sido muy corta y no se habrían generado pérdidas a los consumidores; (iii) que Baxter tiene una irreprochable conducta anterior y que colaboraron en la investigación de la Fiscalía.

D. Terceros Coadyuvantes de la FNE

4. A fojas 212, se hace parte como tercero coadyuvante de la FNE el Ministerio de Salud ("Minsal"), indicando que ellos tienen un interés actual en el resultado del juicio, atendida la normativa orgánica que los regula. En específico, señala que es el Minsal quien legalmente debe proponer el presupuesto sectorial en salud para que, a través de licitaciones públicas, se materialice la provisión de medicamentos y otros insumos que se requieran para la prestación de servicios de salud. Agrega que las conductas que se denuncian, de ser acreditadas, les generan barreras de entrada y costos sociales a los consumidores que redundarán en una ejecución menos eficiente de las políticas públicas.

5. A fojas 220, se hace parte como tercero coadyuvante de la FNE la Cenabast, señalando que fue ella quien, en cumplimiento del mandato legal contenido en el DFL N° 1 de 2005 del Minsal, efectuó el llamado a licitación y la correspon-

diente adjudicación en una de las licitaciones respecto de los cuales se habrían configurado los ilícitos requeridos.

E. Resolución que recibe la causa a prueba

6. A fojas 206, el 26 de septiembre de 2017, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que quedó firme a fojas 274. En ella se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: *"1) Hechos y circunstancias que acreditarían la existencia de un acuerdo entre Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. ("Baxter") y Laboratorios Sanderson S.A. ("Sanderson") para afectar el resultado del proceso de licitación N° ID 4309-190-LP12 convocado por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción el 2012. Circunstancias y objeto de las comunicaciones efectuadas entre las requeridas. 2) Hechos y circunstancias que acreditarían la existencia de un acuerdo entre Baxter y Sanderson para afectar el resultado del proceso de licitación N° ID 621- 163-LP12 convocado por la Cenabast el 2012. Circunstancias y objeto de las comunicaciones efectuadas entre las requeridas. 3) Estructura, y condiciones de competencia en el o los mercados comprendidos en la demanda. 4) Circunstancias que incidirían en la determinación de una eventual sanción.*"

F. Antecedentes probatorios

7. Las partes acompañaron la siguiente prueba documental:

7.1. La Fiscalía Nacional Económica acompañó, a fojas 256 del cuaderno principal, documentos electrónicos, correspondientes a planillas Excel y correos electrónicos, contenidos en los Números Únicos de Evidencia 1025364, 4319505, 2802549, 2802847, 1604309 y 814635. A fojas 296 del cuaderno principal, acompañó los documentos físicos y digitales que componen el expediente de investigación rol FNE N° 2022-12. A fojas 555 del cuaderno principal acompañó copia fiel de los Números Únicos de Evidencia 1922631, 1922641, 1922663 y 1922656. A fojas 1072 del cuaderno principal acompañó (i) copias de resoluciones exentas del Instituto de Salud Pública relacionadas a registros sanitarios de Baxter para el producto suero; (ii) resolución exenta que aprueba las bases administrativas de la Licitación Hospital; (iii) copia de documen-

tos presentados por Socofar en la Licitación Hospital; (iv) copia de cuadro de evaluación de ofertas de la Licitación Hospital; (v) copia de la resolución exenta que resuelve la Licitación Hospital; (vi) copia de la resolución afecta que aprueba las bases administrativas para la Licitación Cenabast; (vii) copia de documentos presentados por Sanderson en la Licitación Cenabast; (viii) copia del anexo "ficha técnica" presentada por B. Braun en la Licitación Cenabast; (ix) copia de la resolución afecta que resuelve la Licitación Cenabast; (x) copia de resoluciones afectas que resuelven otras licitaciones de Cenabast convocadas para abastecerse del producto suero; (xi) copia del artículo "*Comparative evaluation of collapsible versus semirigid intravenous containers*" de la revista científica *Technology and Health Care;* (xii) copia del certificado GMP otorgado por la Agencia Nacional de Medicamentos del ISP relativo a Baxter; (xiii) copia del certificado N° 01061 de septiembre de 2012, otorgado por la Agencia Nacional de Medicamentos del ISP relativo a Baxter; (xiv) copia de documentos acompañados por Baxter en la licitación de Cenabast ID 621-407-LP11; (xv) copia de documentos relativos a las licitaciones de Cenabast ID 621-395-LP14 y ID 621-486-LP15; (xvi) copia de la demanda presentada por Sanderson ante el Tribunal de Contratación Pública en la cual impugna la adjudicación de la Licitación Cenabast; (xvii) copia de nota de prensa del portal de noticias online PMFarma de 18 de septiembre de 2012; (xviii) documento correspondiente a la impresión de pantalla del sitio web de Baxter Internacional con su catálogo de productos; y (xix) copia de nota de prensa del sitio Emol de 11 de octubre de 2012. A fojas 1985 del cuaderno principal, acompañó documentos electrónicos relacionados con las interceptaciones de comunicaciones efectuadas en el transcurso de la investigación. A fojas 1988 del cuaderno principal, acompañó documentos electrónicos consistentes en correos electrónicos y documentos Excel contenidos en números únicos de evidencia, obtenidos en el transcurso de su investigación. A fojas 2558 del cuaderno principal, acompañó: (i) copia de antecedentes que formaron parte del anexo técnico de la oferta de Socofar S.A., en representación de Baxter, en la licitación ID 621-160-LP12; y (ii) copia de la resolución exenta N° 894 que resuelve la licitación ID 621-9-LP14.

7.2. Sanderson acompañó, a fojas 88 del cuaderno principal: (i) copia de la orden de compra N° 673684-161-SE12 emitida por el Instituto de Neurociru-

gía a B. Braun por el producto suero 0,9% 100 ml viaflex; (ii) copia de la orden de compra N° 1947-5374-SE12 emitida por el Hospital de Niños Roberto del Río a B. Braun por el producto suero 0,9% ml env. tipo viaflex; (iii) Excel "Precios venta directa 100 ml"; (iv) Excel "Polinomio Cenabast 100 ml 621-163-LP12 al costo"; (v) Excel "Polinomio Cenabast 100 ml 621-163-LP12 precio venta directa"; (vi) ficha del registro sanitario F-13448/13; (vii) ficha del registro sanitario F-14349/14; (viii) ficha del registro sanitario F-3659/15; y (ix) acta notarial de 7 de agosto de 2017 que acredita autenticidad de los registros sanitarios antes indicados. A fojas 1290 del cuaderno principal, acompañó muestras de sueros en envase flexible (*Freelex*) y en envase semirrígido (Aspiroflex). A fojas 2740 del cuaderno principal, acompañó: (i) copia impresa de presentación power point denominada "*Estándar solutiones 17.04.2013*" elaborada por Fresenius Kabi Chile; (ii) copia impresa de correos electrónicos internos de la compañía; (iii) resolución de toma de razón de 16 de febrero de 2011; (iv) tabla impresa de volumen y venta de Sanderson para años 2009-2013 para el producto sodio cloruro 0,9% en 100 ml; y (v) tabla impresa de volumen de venta y cantidad de cloruro de sodio a instituciones de salud pública para años 2009-2013.

7.3. Baxter acompañó a fojas 2091 del cuaderno principal: (i) muestras de sueros en envase Mini-Bag Plus y en envase Viaflex; (ii) copia de documentos emanados del HGGB y la Cenabast; (iii) documento electrónico consistente en un correo electrónico de 16 de mayo de 2018. A fojas 2491 del cuaderno principal, acompañó: (i) documentos electrónicos consistentes en correos electrónicos; (ii) copia de la cuenta pública de la Cenabast 2011-2012; (ii) nota de prensa relacionada a la adquisición de Baxa Corporation por parte de Baxter Internacional; (iii) contrato de distribución entre Baxa y Fresenius Kabi Chile Ltda.; (iv) descripción del cargo de gerente de operaciones de Baxter; (v) perfil general de Juan Carlos Duque; (vi) presentaciones de Baxter de diversos temas; (vii) copia de formularios de control de cambio a producto/proceso; (viii) copia de procedimiento corporativo para la gestión de cambios; (ix) copia del tríptico Baxter "Mini-Plus Bag"; (x) anexo al contrato de trabajo de Nicole Valenzuela; (xi) memorando de Baxter de prácticas globales de negocios; (xii) copia del código de conducta de Baxter; (xiii) contrato de estabilidad jurídica celebrado con el gobierno de Colom-

bia y presentación asociada a éste; (xiv) resolución exenta N° 3597-08-16 del Servicio de Salud Metropolitano; (xv) informe de desempeño y planificación de carrera de Christian Quiroga período 2012; (xvi) descripción del cargo de *managing director*; (xvii) informe de Cenabast presentado en los autos seguidos ante el Tribunal de Contratación Pública Rol N° 249-12; y (xviii) contrato de distribución entre Baxter y Socofar S.A. A fojas 2594 acompañó el anexo del contrato de trabajo de Christian Leonardo Quiroga.

8. Se realizaron las siguientes exhibiciones de documentos:

8.1. A solicitud de Baxter de fojas 88 del cuaderno principal, la Fiscalía exhibió bases de datos utilizadas para la confección de los cuadros contenidos en el requerimiento, en audiencia cuya acta rola a fojas 200 del cuaderno principal.

8.2. A solicitud de la Fiscalía de fojas 567 del cuaderno principal, Baxter exhibió Certificados de Análisis emitidos por el fabricante para cada uno de los lotes importados a Chile del producto Cloruro de Sodio solución inyectable 0,9%, en envases de 100 ml durante el año 2013, en audiencia cuya acta rola a fojas 1271 del cuaderno principal.

9. Prueba testimonial rendida por las partes:

9.1. La Fiscalía presentó como testigo a Solange Soledad Meza Bastidas (acta a fojas 1297 y transcripción a fojas 1315); Pedro Pablo Echeverría Bascuñán (acta a fojas 1299 y transcripción a fojas 1332); Fabiola Leticia Yáñez Durán (acta a fojas 1309 y transcripción a fojas 1376); y Olga Nicole Valenzuela García (actas a fojas 1839 y 1845 y transcripción a fojas 1848), todas del cuaderno principal.

9.2. La Cenabast presentó como testigo a Tania Isabel González Donoso (acta a fojas 1358 y transcripción a fojas 2099, ambas del cuaderno principal).

9.3. Baxter presentó como testigo a Benjamín Kalm Laub (acta a fojas 1527 y transcripción a fojas 1653); Mauricio Alberto Quirland Puentes (acta a fo-

jas 1531 y transcripción a fojas 1691); Carlos Andrés Nova Ortíz (acta a fojas 1531 bis 1 y transcripción a fojas 1680); Rodrigo José Harrison Vergara (acta a fojas 1679 y transcripción a fojas 1737); y Mabel Ávalos Rojas (acta a fojas 1706 y transcripción a fojas 1754), todas del cuaderno principal.

9.4. Sanderson presentó como testigo a Odette Aida Piffaut Cruchet (acta a fojas 1404 y transcripción a fojas 1459); María Angélica Ponce López (acta a fojas 1451 y transcripción a fojas 1511); y Aníbal Fornazieri (acta a fojas 1457 y transcripción a fojas 1540), todas del cuaderno principal.

10. Absolución de posiciones: absolvieron posiciones en estos autos Pablo Venegas Díaz, en representación de Cenabast (acta a fojas 1263 y transcripción a fojas 1283); Jorge Paredes Etcheverry, en representación de Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. (acta a fojas 1373 y transcripción a fojas 1419); y Xavier Mauri Roca, en representación de Laboratorio Sanderson S.A. (acta a fojas 1676 y transcripción a fojas 1718), todas del cuaderno principal.

11. Informes: a fojas 1652 del cuaderno principal, Baxter acompañó el informe "Viabilidad económica de la colusión entre Baxter y Sanderson en dos licitaciones públicas para la compra de cloruro de sodio 0,9%, 100 ml, colapsable", elaborado por Rodrigo Harrison Vergara. A fojas 2648, la FNE acompañó el informe en derecho "¿Tentativa de colusión y colusión frustrada?", elaborado por Radoslav Depolo". A fojas 2692, Sanderson acompañó el informe en derecho "La colusión para afectar el resultado de procesos de licitación (Bid Rigging) en el Decreto Ley N° 211 de 1873", elaborado por Jorge Grunberg.

12. Oficios: Se ofició al Instituto de Salud Pública a petición de la FNE de fojas 567, el cual fue remitido el 6 de abril de 2018 y rola a fojas 1482, del cuaderno principal.

13. Observaciones a la prueba presentadas: a fojas 2756 de Sanderson; a fojas 2892 de la FNE; y a fojas 3080 de Baxter, ambas del cuaderno principal.

14. A fojas 2122, el 9 de octubre de 2018, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en audiencia del 6 de marzo de 2019 según consta en el certificado que rola a fojas 3327, ambas del cuaderno principal.

Y CONSIDERANDO:

La acusación de la FNE y defensas de las requeridas

Primero: Que la FNE imputa a las requeridas haber celebrado acuerdos destinados a afectar los resultados de dos licitaciones públicas para la adquisición de cloruro de sodio 0,9% inyectable, en envases colapsables de 100 ml, conocido como "suero flexible" o "suero fisiológico de 100 ml". En particular, la acusación se refiere a dos licitaciones públicas, a saber:

(i) Licitación ID 4309-190-LP12 convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción ("Licitación Hospital") relativa a la adquisición de suero flexible, y
(ii) Licitación ID 621-163-LP12, convocada por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Licitación Cenabast"), relativa a la adquisición de suero fisiológico de 100 ml;

Segundo: Que, de acuerdo con lo expuesto por la FNE, en ambas oportunidades, las requeridas, a través de sus gerentes generales de la época, Christian Quiroga por Baxter y Mariano Ojeda por Sanderson, habrían tomado contacto antes del cierre de la fase de presentación de ofertas de las licitaciones antes indicadas y habrían alcanzado un acuerdo para afectar el resultado de las licitaciones mencionadas. Como veremos, el objetivo de los acuerdos colusorios era permitir que Sanderson resultara adjudicataria en ambas licitaciones;

Tercero: Que, en lo relativo a la Licitación Hospital, el acuerdo habría tenido por objeto que Baxter presentara una oferta de cobertura o se abstuviera de presentar una oferta y, a su vez, que Sanderson se adjudicara la licitación. No obstante, la FNE señala que en dicha licitación el acuerdo antes descrito no fue ejecutado por el equipo de ventas de Baxter en la forma prevista por su gerente general, por lo que la licitación fue adjudicada a Socofar S.A. ("Socofar"), que presentó una oferta en representación de Baxter. El incumplimiento del acuerdo por parte de Baxter se explicaría, de acuerdo con lo expuesto en el requerimiento, por el hecho que el Sr. Quiroga, gerente general de Baxter, se habría encontrado de vacaciones;

Cuarto: Que, por su parte, en relación con la Licitación Cenabast, el acuerdo habría tenido como objeto que Sanderson se la adjudicara, suponiendo que Baxter se abstendría de participar. No obstante que las requeridas habrían fraguado un acuerdo, la Licitación Cenabast fue adjudicada a un tercero, B. Braun;

Quinto: Que, tal como se indicó en la parte expositiva, a fojas 212 y 220 del cuaderno principal el Minsal y Cenabast, respectivamente, se hicieron parte como terceros coadyuvantes de la FNE, aduciendo que tienen un interés actual en el resultado del juicio. El Minsal señala que las conductas que se denuncian, de ser acreditadas, les generan barreras de entrada y costos sociales a los consumidores que redundan en una ejecución menos eficiente de las políticas públicas de salud. Cenabast, por su parte, sostiene que fue ella quien, en cumplimiento del mandato legal contenido en el D.F.L. N° 1 de 2005 del Minsal, convocó a la licitación pública y efectuó la correspondiente adjudicación en una de las licitaciones respecto de los cuales se habrían configurado los ilícitos requeridos;

Sexto: Que las requeridas, por su parte, han señalado que la acusación formulada en su contra no sería efectiva, invocando las defensas y proporcionando las explicaciones alternativas expuestas en los puntos 2 y 3 de la parte expositiva de esta sentencia. A su vez, en subsidio de las defensas esgrimidas, Sanderson opuso excepción de prescripción respecto de los hechos ocurridos antes del 14 de julio de 2012 en relación con la Licitación Hospital;

Séptimo: Que, como se verá, la prueba en autos aporta suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la convicción de que las requeridas incurrieron en conductas que infringen el artículo 3° inciso segundo, letra a), del D.L. N° 211;

Octavo: Que antes de examinar el fondo de la acusación a la luz de la prueba rendida en autos, es necesario desarrollar algunas consideraciones previas acerca de la configuración de las conductas imputadas, de conformidad con la legislación aplicable;

Cuestiones previas acerca de la configuración de un acuerdo colusorio

Noveno: Que, en su libelo acusatorio, la Fiscalía argumenta que las requeridas habrían infringido tanto el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, como el inciso segundo letra a) de la misma disposición;

Décimo: Que, para conocer y juzgar las conductas imputadas, deben aplicarse las normas legales vigentes a la época en que se habrían desplegado las conductas acusadas, a saber, el texto de la Ley N° 20.361 de 2009, lo que no fue controvertido en autos. El inciso primero del artículo 3° vigente a esa época, disponía que es sancionado todo aquel que *"ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"*. Por su parte, el inciso segundo, letra a) de la misma disposición, señalaba que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia *"los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación*";

Undécimo: Que Sanderson plantea que la imputación referida al artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211 es incorrecta por cuanto se trata del "*tipo genérico y no aplica para la conducta concreta que se imputa, que es colusión*" (foja 106 del cuaderno principal);

Duodécimo: Que, tal como se ha resuelto en esta sede, la disposición contenida en la letra a) del referido artículo 3° del D.L. N° 211, no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo (Sentencia N° 167/2019, c.27°);

Decimotercero: Que la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido clara y consistente en señalar que cualquier infracción a las "letras" del inciso segundo del artículo 3º del D.L. Nº 211 siempre es una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último (véase, por ejemplo, la Sentencia

N° 141/2014, c.39°). De aquí que no existan requerimientos distintos que probar en uno y otro caso cuando se trata de una conducta colusoria. Por consiguiente, se desestima la alegación planteada por Sanderson a este respecto;

Decimocuarto: Que, en relación con los elementos que deben concurrir para la configuración de un acuerdo colusorio, este Tribunal ha resuelto que supone "[l]*a supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerando un 'acuerdo', cualquiera sea el modo en que este se manifieste*" (Sentencia N° 145/2015, c.5°). Ello es congruente con la jurisprudencia comparada que ha declarado que el concepto de acuerdo supone una confluencia de voluntades de parte de agentes económicos que compiten entre sí: "[g]*ira en torno a la existencia de una concurrencia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de la intención de dichas partes*" (Tribunal de Justicia de Primera Instancia, sentencia del 26 de octubre del 2000, T-41/96, Bayer AG v. Comisión Europea, § 69);

Decimoquinto: Que, asimismo, la jurisprudencia ha indicado que la forma que adopten los acuerdos no es relevante en sede de competencia y que, por tanto, puede manifestarse de formas disímiles, aludiendo, por ejemplo a "[c]*onvenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, 'acuerdos o pactos de caballeros', pautas de conducta, circulares, entre otros*"" (Sentencia N° 145/2015 c.5°; en el mismo sentido: Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c.7° y sentencia del 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012, c.78°). En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia comparada ha resuelto que un acuerdo entre empresas competidoras importa constatar una *"concordancia de voluntades entre agentes económicos sobre la búsqueda de un objetivo o la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se expresa la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo"* (Tribunal de Justicia de Primera Instancia, sentencia del 26 de octubre del 2000, T-41/96, Bayer AG v. Comisión Europea § 173);

Decimosexto: Que, en relación con las imputaciones específicas contenidas en el libelo acusatorio, Sanderson (fojas 114 y 2760 del cuaderno principal) y Baxter (foja 141 del cuaderno principal) aducen que, si una de las requeridas no se comportó según lo convenido con la otra, como habría sido el caso de la Licitación Hospital, un eventual acuerdo colusorio no sería sancionable ya que carecería de aptitud para lesionar la libre competencia. Del mismo modo, posteriormente, Sanderson argumenta que la normativa exige comprobar la completa ejecución del acuerdo imputado (foja 2776 del cuaderno principal) y Baxter, por su parte, arguye que la voluntad común de participar en un acuerdo solo existe en la medida que se comprueba un acto idóneo destinado a la ejecución de dicho acuerdo (foja 3205 del cuaderno principal);

Decimoséptimo: Que, en relación con la Licitación Cenabast, las requeridas argumentan que un acuerdo tampoco sería reprochable porque dicha licitación habría fracasado toda vez que se adjudicó a un tercero. B. Braun y, en consecuencia, las requeridas no pudieron haber afectado la competencia (Baxter, foja 141 y, en el mismo sentido, Sanderson, foja 2760, ambas del cuaderno principal);

Decimoctavo: Que, a diferencia de lo esgrimido por las requeridas, la sola celebración de un acuerdo colusorio que tenga como objetivo afectar el resultado de una licitación es reprochable en esta sede y, por tanto, no requiere que se materialicen las acciones concretas de conformidad con dicho acuerdo o que se obtenga el resultado esperado por este. Así, como se demostrará a continuación, el hecho que la primera imputación formulada por el ente acusador se refiera a un acuerdo entre competidores que no se habría ejecutado y, que la segunda se refiera a un acuerdo que no logró sus resultados debido a factores exógenos a la voluntad de sus partes, no altera la ilicitud de la conducta;

Decimonoveno: Que, al efecto, la jurisprudencia ha sostenido que para sancionar una conducta colusiva no es necesario que haya producido efectos en el o los mercados afectados por dicha conducta. En concreto, en esta sede se ha establecido que, "(…) *basta con que exista un acuerdo de precios* (…) *con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los*

mercados afectados por la conducta colusiva" (véanse, por ejemplo, sentencias N° 133/2014 c.103°, 136/2014 c.57°, 137/2014 c.19° y 145/2015 c.50°);

Vigésimo: Que, en el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha expresado que *"no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afecten la libre competencia* (...)" (Excma. Corte Suprema, sentencia del 7 de septiembre de 2012, Rol Nº 2578-2012, c.85° Nº 6). Posteriormente, ha ratificado lo anterior sosteniendo que: "(...) *para que la conducta colusiva se verifique no es necesario que desencadene un resultado gravoso respecto del sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, se debe concluir que la misma configura un atentado a los principios básicos* (...) *del Decreto Ley N° 211* (...)" (Excma. Corte Suprema, sentencia del 7 de enero de 2016, Rol N° 5609-2015, c.14°);

Vigésimo primero: Que, más aun, la Excma. Corte Suprema ha señalado que la configuración de un acuerdo "*solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo*" (Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c.7°). Por último, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que los acuerdos son sancionables *"aun en grado de tentativa"* (Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c.30°, letras c y e). Dicha expresión, aunque utiliza un lenguaje propio de la dogmática penal, en términos infraccionales, da cuenta inequívocamente que la existencia de un acuerdo no requiere como uno de sus presupuestos la circunstancia de que se desplieguen las acciones materiales derivadas del mismo;

Vigésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, en lo relativo a la Licitación Hospital, el hecho que una de las requeridas no se haya comportado según lo convenido originalmente con la otra en virtud de un acuerdo no la exime de reproche en esta sede. Así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema a propósito de un acuerdo que no se ejecutó por desconfianza mutua de sus participantes: "[L]*a sola circunstancia de haberse adoptado el pacto anticompetitivo, permite sancionarlo, con independencia que, por razones de desconfianza mutua, los*

partícipes se hayan alejado de lo acordado" (Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c.30°, letra e);

Vigésimo tercero: Que, siguiendo la misma línea argumentativa, la doctrina comparada es conteste con el criterio antes indicado en cuanto señala que el hecho de que una empresa se desvíe de un acuerdo colusorio no es óbice para sancionarlo: "*No constituye una defensa que una empresa fue obligada a alcanzar un acuerdo, que la empresa se desvió o nunca tuvo intenciones de implementar o adherir a los términos del acuerdo*" (*Jones, A. y Sufrin, B. EU Competition Law, Oxford University Press, 2014, pp. 141 y 142, traducción libre*). En el mismo sentido, se sostiene que existe un acuerdo colusorio incluso si no se implementa (*Whish R. EU Competition Law, Oxford University Press, 2018, p. 104*). Finalmente, en consistencia con la proposición anterior, en el informe en derecho que rola a fojas 2596, acompañado por la FNE, se señala que "*producida que sea una convergencia de voluntades con el objeto de manipular una licitación, el ilícito se encuentra ya perfeccionado* (...)" (foja 2630 del cuaderno principal);

Vigésimo cuarto: Que, en este caso particular, lo antes expuesto da cuenta que basta que un acuerdo colusorio busque afectar el resultado de las licitaciones Hospital y Cenabast, no siendo necesario entonces que se acredite que produjo los efectos perniciosos para la competencia que su celebración originalmente buscó;

Vigésimo quinto: Que, finalmente, Baxter esgrime que el objeto o finalidad de los acuerdos imputados carece de racionalidad económica y comercial para esta. En síntesis, en su contestación señala que "*el Requerimiento no provee explicación alguna sobre cuáles habrían sido los beneficios pretendidos por nuestra representada al celebrar los supuestos acuerdos*" (foja 176 del cuaderno principal), indicando luego que "es imposible avizorar de qué manera Baxter y la otra requerida pudieron haber *determinado un mecanismo para distribuir los excedentes ilegítimos que los supuestos esquemas de colusión les otorgarían*" (foja 177 del cuaderno principal);

Vigésimo sexto: Que, en sustento del planteamiento anterior relativo a la irracionalidad económica de la imputación formulada por la Fiscalía, a fojas 1585,

Baxter acompañó un informe económico, que, entre otros argumentos, concluye que al "*no existir suficientes antecedentes que muestren con certeza un esquema de acuerdo estable (i.e., con sanciones y monitoreo recíproco y oportuno entre los miembros del acuerdo colusivo), en escenarios competitivos de tan corto plazo como los procesos de la Licitación HGGB y Licitación Cenabast, es posible descartar con análisis económico, la existencia de colusión entre Baxter y Sanderson para tales procesos de licitación*" (foja 1646 del cuaderno principal);

Vigésimo séptimo: Que, al respecto, la FNE señala que para sancionar basta con probar la existencia de un acuerdo con aptitud de dañar la libre competencia y que lo argumentado por Baxter no puede ser un eximente de responsabilidad, sin perjuicio de que pueda y deba considerarse, a lo sumo, al momento de determinar la multa. Añade que el informe económico presentado por Baxter tiene importantes deficiencias, ya que no considera la prueba directa acompañada por la FNE, ni lo señalado por el Tribunal respecto a que dicho tipo de prueba no puede ser descartada por prueba indirecta (Sentencias N° 139/2014 y N° 165/2018), y porque asume que el resto de las licitaciones donde participaron la requeridas fueron competitivas (foja 3023 del cuaderno principal);

Vigésimo octavo: Que, tal como se ha resuelto por este Tribunal, en los casos en que se acredita la existencia de un acuerdo colusorio, no es un presupuesto indispensable para que este Tribunal pueda sancionarlo que existan mecanismos de monitoreo y castigos o sanciones entre sus miembros, respecto de aquellos que se desvían del acuerdo (Sentencia N° 145/2015, c.11°). Refrenda la Excma. Corte Suprema lo anterior cuando sostiene que "*Si bien, esta es una conducta [monitoreo entre los miembros del cartel] generalmente presente en casos en que se adoptan acuerdos colusorios, que denota la existencia de aquel, lo cierto es que su inexistencia no es óbice para establecer el acuerdo anticompetitivo.* (...)" (Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, letra f);

Vigésimo noveno: Que, asimismo, tal como se ha señalado en los considerandos precedentes, los beneficios obtenidos con ocasión de un acuerdo colusorio y los mecanismos para distribuir los excedentes no son presupuestos para configurar la conducta anticompetitiva imputada y declarar su ilegalidad, sino que es

uno de los factores que este Tribunal puede considerar al momento de calcular la cuantía de la multa aplicable;

Trigésimo: Que, como se puede apreciar, los argumentos expuestos por Baxter relativos a la falta de racionalidad económica de los acuerdos imputados no impiden establecer la existencia de un acuerdo colusorio sancionable en esta sede y, como se verá, no son suficientes para desvirtuar la prueba que obra en el proceso;

Trigésimo primero: Que, esclarecidas las cuestiones conceptuales antes expuestas relacionadas con los elementos que deben concurrir para establecer la existencia de un acuerdo colusorio, así como su adecuada interpretación, corresponde ahora examinar la industria del producto afectado por las licitaciones requeridas, esto es, el suero flexible;

Industria del producto que fue objeto de las licitaciones requeridas

Trigésimo segundo: Que como se señaló, la FNE acusa a las requeridas de haber afectado dos procesos de licitación, destinas a abastecer al HGGB y a Cenabast del producto cloruro de sodio en concentración de 0,9% de volumen de 100 ml contenido en envase flexible y colapsable, respectivamente;

Trigésimo tercero: Que, en particular, el producto afectado por los acuerdos imputados es un tipo específico de suero fisiológico, el cual, de conformidad con los antecedentes del proceso se caracteriza por: (i) su principio activo o compuesto que se mezcla con la solución acuosa (cloruro de sodio); (ii) la concentración de este en la solución (0,9%); (iii) su volumen (100 ml); y (iv) el tipo de envase que lo contiene (flexible o colapsable). En este sentido, cuando una institución solicita abastecimiento de sueros a través de una licitación pública, debe detallar cada una de dichas características, porque la conjunción de estas redunda en productos distintos;

Trigésimo cuarto: Que, respecto a las características mencionadas, las partes están contestes en que un cambio en alguna de las tres primeras da lugar a productos distintos. Sin embargo, existe controversia respecto a si pueden conside-

rarse sustitutos entre sí los sueros que tengan igual principio activo, concentración y volumen, pero estén contenidos en distintos envases;

Trigésimo quinto: Que, en específico, los envases varían en razón del tipo de plástico que utilizan (Polietileno, PVC y no PVC) y por su flexibilidad. Así, se identifican principalmente los envases rígidos, semirrígidos y flexibles. Según explica la FNE "[l]*os envases semirrígidos normalmente son elaborados a base de polietileno de baja densidad, mientras que los envases denominados flexibles son, en general, de cloruro de polivinilo o PVC399.*" (fojas 3037 y 3038 del cuaderno principal). En el mismo sentido, la testigo Odette Pifaut, señaló que "[e]*ste que esta acá es un ringer lactato en un envase de polietileno de baja densidad, que es un envase que nosotros llamamos semirrígido, porque este envase cuando se abre y se le pone la bajada del suero no es capaz de eliminar el 100% del volumen de con, de líquido que contiene. Entonces, por eso llamamos semirrígido o emm... envase, es como el más barato, digamos, de los envases. Y esta es una bolsa de polipropileno que sí tiene la facultad de que es flexible y que es capaz de eliminar el 100% del líquido, de la solución. Esa es la diferencia fundamental.*" (fojas 1468 y 1469 del cuaderno principal), aclarando enseguida que la bolsa de polipropileno califica como envase colapsable;

Trigésimo sexto: Que, en particular, los envases colapsables permiten inyectar el medicamento y suministrarlo al paciente sin que la mezcla tenga contacto con el exterior, en contraposición a los envases semirrígidos, que deben ser abiertos para conectarlos a la vía intravenosa. Además, atendido su menor grado de colapsabilidad, los contenedores semirrígidos generalmente son perforados para verter todo su contenido, lo que aumenta el riesgo de contaminación intrahospitalaria. De esta manera, los envases semirrígidos se asocian con un sistema abierto y los envases flexibles, con uno cerrado. Lo anterior fue corroborado por quienes absolvieron posiciones en representación de las requeridas, Sres. Jorge Paredes y Xavier Mauri (foja 1423, líneas 1 a 10 y 21 a 25, y foja 1721, líneas 20 a 23, ambas del cuaderno principal);

Trigésimo séptimo: Que, es así como Sanderson, al momento de indicar los principales oferentes del producto objeto de las bases de la Licitación Hospital y Cenabast, distingue entre los productos de Baxter, Sanderson (filial de Frese-

nius Kabi) y B. Braun, según el tipo de envase (foja 96 del cuaderno principal), como muestra el cuadro a continuación;

CUADRO N° 1

TIPO DE ENVASES DISPONIBLES EN CHILE AL AÑO 2012

Fabricante / Importador	Tipo de envase	Marca comercial
B. Braun	Semirrígido	Ecoflac
Baxter	Bolsa	Viaflex
Fresenius Kabi / Sanderson	Bolsa sin PVC	Freeflex
	Semirrígido	Apíroflex

Fuente: Contestación Sanderson, foja 96 del cuaderno principal.

Trigésimo octavo: Que, en cuanto a la categorización de los envases disponibles a la fecha de las licitaciones que son objeto del requerimiento, no existe controversia acerca de los productos comercializados por Baxter y Sanderson, Viaflex y Freeflex, respectivamente. Estos envases son considerados flexibles o colapsables, mientras que Apiroflex (comercializado por Sanderson) es considerado semirrígido. Respecto al envase Ecoflac de B. Braun, Baxter indica que "*no corresponde a los envases tipo bolsa como los de Baxter y FK / Sanderson, sino que en apariencia es similar a los contenedores plásticos rígidos, pero que mantendría la capacidad de colapsarse hasta cierto grado*" (foja 3118 del cuaderno principal). La FNE concuerda con que el envase fabricado por B. Braun puede calificarse como un envase semirrígido porque no es capaz de verter todo su volumen al no colapsarse completamente. No obstante, afirma que, a diferencia de otros sueros semirrígidos, el envase Ecoflac tiene ciertas características que permiten considerarlo, asimismo, un sistema cerrado;

Trigésimo noveno: Que, al margen de la discusión técnica suscitada por las partes, lo relevante para el análisis competitivo de autos es dilucidar si el envase Ecoflac puede ser considerado un sustituto de los envases flexibles que son comercializados por las requeridas. Para estos efectos, es necesario determinar si las bases de licitación elaboradas por el HGGB y Cenabast admitían el envase Ecoflac como flexible o colapsable. A este respecto, la FNE señala que "*es común observar que en una convocatoria estos organismos demanden sueros fisiológicos en diferentes formatos y presentaciones atendido sus diferentes usos, lo cual demuestra la especificidad de uso de cada uno de esos productos. De ser*

sustitutos los diferentes formatos o presentaciones, lo racional sería que se demandara solo un tipo de suero fisiológico, a saber, el de menor costo para la institución que lo requiere" (foja 3049 del cuaderno principal);

Cuadragésimo: Que Sanderson, por su parte, indica en sus observaciones a la prueba que "*son las licitaciones públicas las que determinan en sus respectivas bases los productos a ser ofertados, sus características y requisitos*" (foja 2827 del cuaderno principal), pero que "*los antecedentes históricos de las licitaciones de las instituciones de salud pública muestran que en la realidad no existe claridad en las características objetivas que deba cumplir el envase, lo que abre la posibilidad a más productos sustitutos que los establecidos por la FNE, siempre que se trate de un tipo de envase no rígido*" (foja 2814 del cuaderno principal). Finalmente, sostiene que esto es reconocido tácitamente por la FNE al incluir envases semirrígidos en su análisis de participaciones de mercado. De esta manera, argumenta que, a pesar de que algunas bases de licitación exigen a los proponentes el abastecimiento de envases flexibles o colapsables, en la práctica, los licitantes aceptan envases que no cumplen, en rigor, con la definición prevista, en la medida que difieran de los envases rígidos;

Cuadragésimo primero: Que así, los antecedentes allegados al proceso muestran que, en las licitaciones cuyas bases indican en sus especificaciones técnicas que se exigían envases colapsables o flexibles, se consideraba que el envase Ecoflac daba cumplimiento a dicha exigencia. En efecto, del examen de la base de datos "Base Minibag Final", exhibida por la FNE a fojas 200 del cuaderno principal, es posible corroborar lo planteado por Sanderson, en el sentido que dicha base de datos da cuenta que en muchos procesos licitatorios donde se solicitaba envase flexible o colapsable, según la glosa respectiva, se admitían e incluso se adjudicaban envases como Ecoflac. Ejemplo de esto fue lo acontecido en las licitaciones convocadas con anterioridad a aquellas requeridas por la FNE, como se puede observar en los dos cuadros que se insertan a continuación;

CUADRO N° 2

LICITACIONES CENABAST

Fecha cierre	Envase solicitado	Participantes	Envase ofrecido	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
11-08-2009	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	Baxter	viaflex	Aceptada	Rechazada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
02-12-2010	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	bolsas colapsables	Aceptada	Aceptada
21-10-2011	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	bolsas colapsable	Aceptada	Aceptada
10-02-2012	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Fresenius	bolsas colapsable	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	bolsas colapsables	Aceptada	Aceptada
21-09-2012	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Labonort	matraz apiroflex	Rechazada	-
		Sanderson	bolsas colapsables	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

CUADRO N° 3

LICITACIONES HGGB

Fecha cierre	Envase solicitado	Participantes	Envase ofrecido	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
13-08-2009	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
22-04-2010	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Rechazada	Rechazada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
09-07-2010	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Labonort	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
07-02-2011	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		Diprolab	viaflex	Rechazada	Rechazada
		Labonort	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		Sanderson	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
31-07-2012	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Avimedi	no especifica	Rechazada	Rechazada
		B. Braun	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Leguer	viaflex	Rechazada	Rechazada
		Sanderson	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
		Socofar	viaflex	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

Cuadragésimo segundo: Que si bien es cierto lo que señala la FNE en relación con que Cenabast *"cambió su criterio los años siguientes, declarando inadmisible las ofertas de Braun con su producto Ecoflac"* (foja 3046 del cuaderno principal), lo relevante es que, hasta la fecha de las licitaciones requeridas, dicho producto fue consistentemente admitido como un envase flexible en las licitaciones convocadas tanto por Cenabast como por HGGB;

Cuadragésimo tercero: Que, por consiguiente, más allá que los atributos y las propiedades técnicas del envase que comercializa B. Braun pueden ser discutibles, es razonable concluir que el Ecoflac constituía, en ocasiones, un producto sustituto para la institución de salud que lo demanda, para efectos de las licitaciones objeto del requerimiento de autos. Por lo anterior, B. Braun podría ser considerado como un competidor potencial;

Cuadragésimo cuarto: Que, habida cuenta de los considerandos anteriores, a continuación, se analizará la prueba relativa a las dos acusaciones formuladas por la FNE, determinando si se acreditó la existencia de los acuerdos colusorios imputados y si concurrieron los demás elementos del ilícito imputado. Como se verá, en el proceso se acredita la existencia de los acuerdos colusorios acusados y se establece que los acuerdos les otorgaron poder de mercado a las requeridas;

Cuadragésimo quinto: Que, para efectos de examinar la veracidad de los enunciados de hecho planteados por la FNE, así como de las hipótesis alternativas entregadas por las requeridas, se realizará un proceso de apreciación individual de los medios probatorios a fin de determinar, conforme con las reglas de la sana crítica, los hechos que concluyentemente se habrían probado. Enseguida, se efectuará un análisis conjunto de todos ellos, esto es un examen holístico de la prueba; ello, en coherencia con lo resuelto en oportunidades anteriores (*V.gr.* Sentencia N° 167/2019, c.70° y N° 171/2019, c.9° de este Tribunal y la sentencia del 23 de julio de 2013, Rol N° 8243-2012, c.15°, de la Excma. Corte Suprema). A su vez, atendido que el requerimiento acusa la existencia de dos acuerdos colusorios independientes, se analizará en primer lugar los hechos y la evidencia aportada respecto de la Licitación Hospital para luego analizar los hechos y la evidencia aportada respecto de la Licitación Cenabast;

Análisis de la prueba: antecedentes relativos a la Licitación Hospital

Prueba acerca de la existencia de un acuerdo colusorio

Cuadragésimo sexto: Que, conforme a los antecedentes que obran en el proceso, la licitación que comprende la que hemos denominado "Licitación Hospital" consideraba el abastecimiento de suero fisiológico al 0,9% en envase flexible (foja 6 del cuaderno principal) para el período 2012 y 2013;

Cuadragésimo séptimo: Que, tal como se expuso, la FNE acusa a las requeridas de haber celebrado un acuerdo para afectar el resultado de la Licitación Hospital. En particular, señala que Sanderson y Baxter, a través de sus gerentes generales, habrían acordado que esta licitación sería adjudicada a Sanderson, mediante la presentación de una oferta de cobertura de Baxter o su abstención. El libelo acusatorio expone que, sin embargo, Baxter no habría implementado el acuerdo, señalando al efecto que "(…) *en el marco de esta licitación, existió un acuerdo alcanzado antes del cierre de la fase de la presentación de las ofertas, el que no fue ejecutado por el equipo de ventas de Baxter de la forma prevista por los gerentes generales de las Requeridas* (…)" (foja 6 del cuaderno principal);

Cuadragésimo octavo: Que la FNE aduce que atendido que el Sr. Quiroga estaba fuera de Chile, haciendo uso de su feriado legal, desconocía que el equipo de ventas de Baxter estaba preparando una oferta para postular a la Licitación Hospital. Ello implicó que Socofar, en representación de Baxter, se adjudicó dicha licitación, sin contar con la supervisión ni autorización del gerente general de ésta última;

Cuadragésimo noveno: Que las requeridas niegan la existencia de un acuerdo colusorio relacionado a la Licitación Hospital, argumentando que los contactos entre los gerentes generales que se materializaron durante dicha Licitación, obedecen a hipótesis alternativas a la colusión, a saber: (i) la relación comercial existente entre ambos laboratorios; (ii) la compra de Baxa; y (iii) la afiliación de ambas empresas a Asilfa;

Quincuagésimo: Que el análisis de la evidencia respecto de esta licitación se estructurará de la siguiente manera: primero, se examinará si la prueba permite dar por acreditada la existencia del acuerdo colusorio imputado por la FNE y, luego, se determinará si permite inferir que dicho acuerdo les confirió poder de mercado a las requeridas y, por tanto, tenía al menos el potencial de afectar la libre competencia;

Quincuagésimo primero: Que, respecto de la existencia de un acuerdo colusorio, como se verá, la evidencia allegada al proceso demuestra la existencia de un acuerdo celebrado entre los gerentes generales de las requeridas con el objeto de afectar el resultado de la Licitación Hospital y permite desvirtuar las explicaciones alternativas por ellas proporcionada;

Quincuagésimo segundo: Que la prueba que permite formar la convicción de este Tribunal acerca de la existencia de un acuerdo colusorio entre las requeridas para hacer fracasar la Licitación Hospital, y que fue aportada por la requirente, consiste en: (i) dos interceptaciones telefónicas obtenidas por la Fiscalía y allegadas al expediente. En particular, se trata de conversaciones sostenidas en octubre de 2012 entre Christian Quiroga –gerente general de Baxter– y Nicole Valenzuela– a esa época supervisora de ventas de dicha compañía; (ii) un registro de comunicaciones entre los gerentes generales de las requeridas durante el período de preparación de ofertas a presentar en la Licitación Hospital; y (iii) la prueba documental incautada, como archivos Excel y correos electrónicos;

Quincuagésimo tercero: Que para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se examina a continuación, resulta conveniente exponer los hitos relevantes del proceso de la Licitación Hospital, en orden cronológico, a saber:

a) 11.07.2012: se publican las bases de Licitación Hospital en el sitio web Mercado Público, contenidas en la Resolución N° 003875 del Servicio de Salud de Concepción de 29 de junio de 2012, que rolan a fojas 781 del cuaderno principal.
b) 30.07.2012: Sanderson presenta su oferta.
c) 31.07.2012: Socofar (en representación de Baxter) presenta oferta.
d) 31.07.2012: expira plazo para presentar ofertas, a las 16:00 horas.

e) 11.09.2012: se publica la Resolución Exenta N° 5451 del HGGB que adjudica Licitación Hospital a Socofar por el monto de $60.864.600 (foja 809 del cuaderno principal).

Quincuagésimo cuarto: Que según consta del documento que rola a fojas 806 del cuaderno principal, esto es, la tabla comparativa de las ofertas presentadas en la Licitación Hospital, Sanderson postuló a $290, obteniendo un puntaje de 88 puntos, mientras que B. Braun postuló a $335, obteniendo un puntaje de 69. En tanto, Socofar, en representación de Baxter, postuló a $281, obteniendo un puntaje de 90 puntos y adjudicándose, por ende, la Licitación Hospital, cuestión que no fue controvertida en autos;

Quincuagésimo quinto: Que la interceptación N° 00578 051012 1526, cuya transcripción consta a fojas 1186 del cuaderno principal, (Interceptación N° 578), da cuenta de una conversación entre Christian Quiroga y Nicole Valenzuela. Esta llamada tuvo lugar el 5 de octubre de 2012, esto es, alrededor de tres semanas después de la adjudicación de la Licitación Hospital. En las consideraciones siguientes se examinará de qué forma los dichos del Sr. Quiroga revelan la existencia de un acuerdo entre las requeridas y su desconocimiento respecto de la oferta que formuló el equipo de ventas de Baxter en la Licitación Hospital y que se tradujo, en los hechos, en un desvío del acuerdo celebrado entre los gerentes generales de las requeridas;

Quincuagésimo sexto: Que, en esta comunicación, Christian Quiroga relató a Nicole Valenzuela que se reunió ese mismo día con Mariano Ojeda, el gerente general de Sanderson, a quien se refiere indistintamente en la llamada como "amigo", "*el de la vereda del frente*", "*Mariano*" o "*Marianito*". El extracto relevante de la interceptación Nº 578, para estos efectos, es el siguiente:

EXTRACTO 1

Christian Quiroga: Excelente, claro, bien buenísimo. Ahora un favor adicional. Hoy me junté con el amigo ahí, de la vereda del frente.

Nicole Valenzuela: Ya.

Christian Quiroga: Y, dame un seg... Con Mariano. Espera... [ininteligible 02:52] que estoy con lo del Flex en el chat con María".

Quincuagésimo séptimo: Que, en el diálogo antes reproducido, Christian Quiroga emplea la expresión "Marianito". A fojas 3157 del cuaderno principal, Baxter admite que la frase "*ahí estuve un poco con Marianito hoy*" alude a un contacto entre los gerentes generales, con motivo de su participación en reuniones de Asilfa. Lo anterior es efectivo de conformidad con el acta del Comité Institucional de Asilfa que tuvo lugar el 11 de octubre de 2012 (documento "1. Cont. docs. adjuntos ASILFA_Censurado.pdf", contenido en el disco compacto que rola a fojas 1 del cuaderno de versiones públicas de la FNE, ruta dentro del soporte: "Terceros\Tomo XIII", página 143). Por consiguiente, la referencia a Mariano en el contexto de esta conversación se refiere unívocamente a Mariano Ojeda;

Quincuagésimo octavo: Que en otro extracto de la interceptación N° 578, que se reproduce a continuación, Christian Quiroga expone el contenido de las conversaciones que sostuvo con Mariano Ojeda en el marco de las licitaciones públicas relativas a sueros fisiológicos. Se agregan algunos énfasis de modo de identificar aquellos pasajes más relevantes para analizar la existencia de un acuerdo colusorio:

EXTRACTO 2

Christian Quiroga: Ahora, ayudáme con algo. Ahí estuve un poco con Marianito hoy, y el tema de oncología, bueno, él no lo tiene en el radar y me lo iba a averiguar. El tema del resto que hablamos de "IV minibag" sigue igual como lo tenemos ahora... Él obviamente está muy complicado para el año que viene con todos estos resultados que estamos teniendo y encima que le soplamos el Guillermo Grant. Entonces, me está pidiendo que lo ayude con algo... ¿sí? Entonces, ahí para ser un poco objetivo lo que yo necesito que vos me ayudes y me des visibilidad es lo siguiente: me tenés que ayudar a ver licitación del año pasado ¿sí?, de CENABAST, cuánto teníamos nosotros, es decir, en ¿cómo se llama? cuánto teníamos nosotros y cuánto tenían ellos, qué se adjudicaron ellos y que nos adjudicamos nosotros. Pero, por otro lado, me tenés que ayudar a ver de la del año pasado, qué se adjudicó B. Braun en rígido y qué se adjudicaron ellos. Porque, para el año que viene el 100% del rígido es de ellos, porque B. Braun no fue con el Ecoflac a rígido, ¿Me seguís?

Nicole Valenzuela: Sí.

Christian Quiroga: Entonces para entender primero ese escenario. Y lo otro, después de ahí en base a que veamos eso, también me tenés que ayudar a ver qué tenemos por delante de, de hospitales para ver qué... si es que se puede hacer algo para darle una mano o no.

Nicole Valenzuela: No [risas].

Christian Quiroga: No, el tema es que, la verdad entre vos y yo Nico, con lo del Guillermo Grant que ustedes armaron, porque yo no estaba ni enterado, ahí yo me salí de acuerdo es decir.... [risas], claro ahí me salí de acuerdo yo... entonces claro... él venía por Banmédica ¿sabés como salió, no? Eyectado..." (Énfasis agregado).

EXTRACTO 3

"(...) Nicole Valenzuela y Christian Quiroga: [risas]

Christian Quiroga: Pero tomé un compromiso que, para que cuando nos veamos el jueves que viene...

Nicole Valenzuela: ¿Cómo? ¿cómo? ¿cómo? ¿cómo eyectado? de...

Christian Quiroga: Claro, no, me dice, "no bueno, cierra Banmédica", que quería que le entregara algo de Banmédica y le digo "estás en pedo, ni loco ni dormido" le digo, "y aparte", le digo, "voy con una oferta hiper paquete agresiva a Banmédica pa quedarme con todo" [risas]. Claro, entonces no, olvidáte. Pero ahora entonces lo que tenemos que ver es primero lo de CENABAST ahí para que justamente para ver si yo puedo netear unidades y después tenemos que ver qué hay, que ojalá haya algo que no sean los grandes, para ver si puedo entregarle algo para ID o si no este muchacho va estar sin nada de bolsa durante todo el año, lo cual nos puede llegar a perjudicar el tema de precios o algo y la verdad que, de vuelta, el Grant fue un tema nuestro, que ahí se me escapó a mí en realidad porque no tuve tanta visibilidad.

Nicole Valenzuela: No pero también hay un tema de llanto... un poquitito, porque... te voy a sacar un análisis... no es tan así....

Christian Quiroga: Si ecole por eso te digo. (...)" (énfasis agregado).

Quincuagésimo noveno: Que en la conversación cuyo extracto se expuso, Quiroga emplaza a Valenzuela señalando que "*con lo del Guillermo Grant que ustedes armaron, porque yo no estaba ni enterado* (...)". La referencia a *ustedes* alude al equipo de ventas de Baxter, circunstancia que no fue controvertida. En ese entendido y del contexto de la conversación que se analiza es posible inferir que el Sr. Quiroga estuvo ajeno a la decisión de Baxter de participar en la Licitación Hospital. Esta inferencia se ve reforzada cuando este ejecutivo señala que "*ahí se me escapó a mí en realidad porque no tuve tanta visibilidad*";

Sexagésimo: Que, enseguida, el Sr. Quiroga expresa en dos oportunidades que "*ahí yo me salí de acuerdo*". A continuación, señala "él venía por Banmédica ¿sabés como salió, no? Eyectado", refiriéndose a Mariano Ojeda. Este mensaje y su contexto constituye evidencia respecto de la existencia de la colusión, toda vez que no existe una razón que explique que el gerente general de una empresa aluda a un acuerdo del que se habría salido, con motivo de una licitación pública, máxime si se refiere a lo que conversó con su homónimo de la empresa competidora;

Sexagésimo primero: Que, de los interlocutores de la conversación telefónica interceptada que se examina en los considerandos anteriores, solo compareció como testigo en estrados la Sra. Valenzuela. Respecto de esta licitación, ella señaló "*yo no tengo conocimiento, ni me consta de* [sic] *ningún acuerdo*" (foja 1861 del cuaderno principal) afirmando también que el Sr. Quiroga no le comentó la existencia de ningún acuerdo con Mariano Ojeda en relación con la Licitación Hospital y que tampoco lo habría hecho una vez que ésta fue adjudicada (foja 1880 del cuaderno principal). A su vez señala que, a diferencia de las licitaciones anteriores convocadas por HGGB, a esta licitación específica sí podían ofertar ya que tenían una relación con la empresa Socofar, quien actuaba como empresa distribuidora (foja 1861 del cuaderno principal). Asimismo, señala que las menciones al Sr. Ojeda por parte del Sr. Quiroga en la conversación del 5 de octubre se referían a la relación comercial o B2B entre ellos (fojas 1884 y siguientes del cuaderno principal) y que no entendía a qué se refería el Sr. Quiroga con las expresiones "*ahí yo me salí de acuerdo, ahí se me escapó porque no tuve tanta visibilidad* y *con eso del Guillermo Grant que ustedes armaron*";

Sexagésimo segundo: Que la FNE alega en sus observaciones a la prueba que la testigo Nicole Valenzuela carece de verosimilitud ya que tiene un interés directo, laboral y personal, en los resultados de este juicio. El interés laboral lo justifica en el hecho de que esta testigo lleva trabajando en Baxter desde el año 2007 ascendiendo en la escala jerárquica de la compañía. En relación con el interés personal, la Fiscalía señala que esta ejecutiva *estaba en pleno conocimiento de los acuerdos acusados* (foja 2929 del cuaderno principal) por lo que reconocerlos en estrados le traería consecuencias personales. Justifica además la falta de verosimilitud en el hecho que su declaración testimonial sería completamente disímil con sus declaraciones prestadas ante la FNE en el transcurso de la investigación. Por último, señala que la falta de verosimilitud también se extrae de las inconsistencias en las que habría incurrido en su declaración testimonial;

Sexagésimo tercero: Que la doctrina ha identificado al menos cuatro circunstancias cuya evaluación permitiría examinar la verosimilitud de un testigo, y por ende la de su declaración prestada en estrados, a saber: (i) la coherencia del relato; (ii) la contextualización del relato, en el sentido de que el sujeto debe ser capaz de recordar el contexto en el que se dieron los hechos de los cuales está declarando; (iii) la existencia de otras pruebas que corroboren el contenido de sus declaraciones; y (iv) la existencia de comentarios oportunistas destinados a darle mayor fuerza retórica a su relato (Jordi Nieva, "Derecho Procesal II. Proceso Civil", Marcial Pons 2015, p. 241);

Sexagésimo cuarto: Que, en relación con lo anterior, es posible advertir que el relato prestado por la Sra. Valenzuela en estrados respecto de la conversación sostenida entre ella y el Sr. Quiroga el 5 de octubre de 2012 no es coherente, ni su relato está adecuadamente contextualizado. Lo anterior ya que, en una primera instancia se muestra muy segura que las referencias al Sr. Ojeda se referían a la relación B2B que existía entre las requeridas a esa época (por ejemplo, a fojas 1884). Sin embargo, después indica que quienes llevaban la relación B2B eran ella y su jefe –Sr. Sarmiento– por parte de Baxter y la Sra. Meza por parte de Sanderson (foja 1886 del cuaderno principal) y que el Sr. Quiroga algunas veces pedía que se le mejoraran los precios a Sanderson en relación a los oncológicos (foja 1887 del cuaderno principal);

Sexagésimo quinto: Que, tal como se establece en el considerando centésimo octavo siguiente, no existe evidencia aportada al proceso que permita concluir que a la fecha de esta interceptación el Sr. Quiroga habría efectuado algún requerimiento al equipo de Baxter respecto de la relación B2B. Es más, los antecedentes permiten establecer que los gerentes generales de las requeridas no participaban de estas negociaciones;

Sexagésimo sexto: Que, asimismo, un examen acucioso de las conversaciones contenidas en los extractos precedentes no permite, en ningún caso, enmarcar las conversaciones sostenidas entre la Sra. Valenzuela y el Sr. Quiroga en las relaciones comerciales B2B. Ciertamente, dicha expresión no figura en los diálogos transcritos ni puede desprenderse de los dichos de los interlocutores;

Sexagésimo séptimo: Que, finalmente, existen discrepancias entre las declaraciones emitidas por la Sra. Valenzuela ante este Tribunal y las entregadas previamente ante la FNE (Declaración de Olga Nicole Valenzuela Ortiz ante la FNE, de fecha 29 de junio de 2017, cuya transcripción está ubicada en el disco compacto que rola a fojas 1098 del cuaderno principal, ubicación dentro del soporte: carpeta "T.XX", archivo "29. Declaración Nicole Valenzuela.pdf"). En efecto, llama la atención que, cuando se le exhibieron los extractos de las comunicaciones antes reproducidas en el marco de su declaración ante la FNE, la Sra. Valenzuela señaló que no recordaba a qué se referían sus dichos o los del Sr. Quiroga en estas conversaciones. Sin embargo, cuando declaró como testigo ante el Tribunal pareció recordar el contenido y sentido de dichas comunicaciones, atribuyendo sus dichos a una explicación alternativa al acuerdo acusado en autos, a saber, el B2B, que es desvirtuada como explicación plausible, tal como se indicó en el considerando anterior. Esta inconsistencia no hace sino reforzar la inverosimilitud de su declaración testimonial;

Sexagésimo octavo: Que, por lo anterior, las declaraciones de la Sra. Valenzuela respecto del contenido de la conversación analizada en los considerandos quincuagésimo quinto a sexagésimo no serán consideradas para efectos de evaluarla y valorarla;

Sexagésimo noveno: Que, establecido lo anterior, a continuación se analizará si el equipo comercial de Baxter definió los términos de su postulación en la Licita-

ción Hospital, sin intervención de Christian Quiroga, apartándose por tanto de lo acordado entre los gerentes generales de ese entonces;

Septuagésimo: Que la FNE argumenta que el Sr. Quiroga no se involucró en el proceso de la Licitación Hospital y, por consiguiente, desconocía el actuar de su equipo comercial de cara a dicha licitación, porque se habría encontrado de vacaciones fuera de Chile (foja 6 del cuaderno principal). Baxter refuta esta hipótesis señalando que su gerente general se encontraba *en sus funciones en Baxter en la fecha en que se realizó la oferta en cuestión* (foja 150 del cuaderno principal), acompañando ambas partes prueba instrumental en sustento de sus afirmaciones. Con todo, atendido que se aportó evidencia en cuanto a la existencia de un acuerdo entre las requeridas para afectar el resultado de la Licitación Hospital, que se analiza en este acápite, así como evidencia que acredita que el Sr. Quiroga no participó ni conoció la oferta presentada por Baxter, a través de Socofar, en dicha Licitación, resulta irrelevante dilucidar si se encontraba o no haciendo uso de su feriado legal en ese momento;

Septuagésimo primero: Que, la evidencia aportada al proceso es robusta en cuanto a que efectivamente el Sr. Quiroga no se involucró directamente en la participación de su empresa en la Licitación Hospital, a través de Socofar. En efecto, a continuación, se muestra que dicho ejecutivo no fue destinatario directo ni indirecto de ninguna de las comunicaciones de su equipo de ventas relativas a la planificación de la oferta en dicha licitación;

Septuagésimo segundo: Que, en primer término, el correo electrónico del 12 de julio de 2012 enviado por Luis Higuera, ejecutivo de Baxter, a otros ejecutivos de dicha empresa –entre ellos Nicole Valenzuela–, da cuenta que el HGGB había convocado a la licitación a través del sitio web Mercado Público (documento "18. Licitación hospital GGB ID 4309-190-LP12" contenido en el disco compacto que rola a fojas 753, del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364\a. NUE 1922615");

Septuagésimo tercero: Que, en segundo lugar, el correo electrónico "54. RE_ Licitación hospital GGB ID 4309-190-LP12" (contenido en el disco compacto que rola a fojas 753, del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364\a.

NUE 1922615"), indica que el 26 de julio de 2012 la ejecutiva Nicole Valenzuela solicitó a Carlos Nova, supervisor de licitaciones y precios de Baxter, con copia a otros ejecutivos, la preparación de un "*archivo con antecedentes de precios de competencia, precios Cenabast etc.*", con el propósito de "*revisar esta licitación anual con Francisco*". Según da cuenta la cita de Outlook "9. revision licitacion Hospital G.Grantt" y aceptaciones "20. Accepted_ revision licitacion Hospital G.Grantt" y "48. Aceptada_ revision licitacion Hospital G.Grantt", efectivamente los ejecutivos Nicole Valenzuela, Carlos Nova y Francisco Sarmiento se reunieron el 27 de julio de 2012 para preparar esta oferta (documentos que se encuentran en disco compacto que rola a fojas 753, del cuaderno principal, ruta dentro del soporte "1. NUE 1025364\a. NUE 1922615");

Septuagésimo cuarto: Que, luego, el mismo día de la reunión antes indicada (27 de julio de 2012), el Sr. Nova elaboró un archivo Excel que consolidaba todas las propuestas de oferta relativas a sueros a presentar en el marco de la Licitación Hospital, incluido el suero fisiológico de 100 ml flexible, según da cuenta la prueba "22. Evaluación G.Grant 07-12" (contenido en el disco compacto que rola a fojas 1 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter), cuyo extracto relevante se inserta a continuación. Como se puede apreciar, dicho archivo contemplaba un precio de oferta de $281 para el Cloruro de Sodio 0,9% del 100 ml en envase flexible (celda N23 Hoja "4309- 190-LP12"). Además, se incluyó en el análisis un "precio competencia" de $281 para Sanderson (celda L23 Hoja "4309-190-LP12"), ofertado por dicha empresa en la licitación anterior del HGGB para este producto;

	A	B	D	E	F	L	N	U
1								
2	Licitación N°	4309-190-LP12						
3	Nombre	Licita Convenios de Sueros						
4	RUT	61.602.189-3						
5	Razon Social	HOSPITAL GUILLERMO GRANT BENAVENTE DE CO						
6	Fecha Publicación	11-07-2012 11:26						
7	Fecha Cierre	31-07-2012 16:00						
8		67001610						
9						Precio Competencia		
10	N°	Cantidad	Descripción	Código Baxter	Descripción Baxter	LABORATORIO SANDERSON SA	Precio Oferta	Total a Ofertar
11	1	36.240	Suero fisiologico 0,9% de 1000 ml., envase flexible. 218-310	ARB1324	CLORURO DE SODIO AL 0.9% (1000	410	390	14.133.600
12	2	2.016	Suero glucosado 10% de 250 ml., envase flexible. 218-307	ARB0162	S.DEXTROSA 10% 250ml VIAFLEX	-	349	703.584
13	3	5.880	Suero glucosado 5% de 1000 ml., envase flexible. 218-535	ARB0064	DEXTROSA AL 5% USP (1000 ML)	444	444	2.610.720
14	4	18.000	Suero fisiologico 0,9% de 250 ml., envase flexible. 218-306	ARB1322	CLORURO DE SODIO AL 0.9% (250	336	336	6.048.000
15	5	6.000	Suero glucosado 5% de 250 ml., envase flexible. 218-305	ARB0062	DEXTROSA AL 5% USP (250 mL)	260	344	2.064.000
16	6	3.024	Suero glucosalino de 500 ml., envase flexible. 218-303	HRB1023	S.GLUCOSALINO ISOT. 500ml VFX	375	410	1.239.840
17	7	1.680	Suero glucosado 10% de 500 ml., envase flexible. 218-302	ARB0163	DEXTROSA AL 10% USP (500 ML)	268	305	512.400
18	8	45.600	Suero glucosado 5% de 500 ml. 218-200	ARB0063	DEXTROSA AL 5% USP (500 ML)	235	332	15.139.200
19	9	120.000	Suero glucosalino de 500 ml. 218-250	HRB1023	S.GLUCOSALINO ISOT. 500ml VFX	238	410	49.200.000
20	10	3.600	Suero glucosado 5% de 500 ml., envase flexible. 218-301	ARB0063	DEXTROSA AL 5% USP (500 ML)	300	332	1.195.200
21	11	1.200	Suero glucosado 30% de 500 ml. 218-230	ARB1063	S.GLUCOSALINO HIPER. 500ml VFX	444	340	408.000
22	12	5.040	Suero glucosado 10% de 500 ml. 218-210	ARB0163	DEXTROSA AL 10% USP (500 ML)	268	305	1.537.200
23	13	216.600	Suero fisiologico 0,9% de 100 ml., envase flexible. 218-500	ARB1302	CLORURO DE SODIO AL 0.9% (100	281	281	60.864.600
24	14	78.000	Agua bidestilada de 500 ml. 218-501	2F7113	BOTELLA AGUA ESTERIL 500ml	246	550	42.900.000
25	15	3.360	Suero glucosalino 1000 ml., envase flexible. 218-308	HRB1024	S.GLUCOSALINO ISOT. 1000ml VFX	492	580	1.948.800
26	16	9.600	Suero glucosado 5% de 1000 ml. 218-205	ARB0064	DEXTROSA AL 5% USP (1000 ML)	385	444	4.262.400
27		555.840						204.767.544

Septuagésimo quinto: Que, siguiendo con este análisis, unos días después, el 30 de julio de 2012, Nicole Valenzuela revisó la planilla preparada por Carlos Nova, la que no modificó, según dan cuenta las propiedades del documento que se encuentran en el disco compacto que rola a fojas 439 del cuaderno principal;

Septuagésimo sexto: Que, en consecuencia, apreciados los correos electrónicos y demás documentos citados en los considerandos precedentes de conformidad con las reglas de la sana crítica, es posible concluir que el equipo de ventas de Baxter decidió presentar una oferta en esta licitación, situación de la que el Sr. Quiroga no se enteró sino hasta después de la fase de cierre de la Licitación Hospital. En efecto, como se adelantó, Christian Quiroga no figura como destinatario directo o indirecto (cc) en ninguno de los correos electrónicos o comunicaciones que involucran al equipo de ventas de Baxter, ya sean internos o dirigidos a Socofar, relativos a la elaboración de una oferta a presentar en la Licitación Hospital;

Septuagésimo séptimo: Que, por su parte, Baxter no aportó evidencia alguna que permita inferir que el Sr. Quiroga conocía la preparación de la oferta de dicha empresa. Así, se demuestra que el equipo de ventas de Baxter, liderado por Nicole Valenzuela, sin la intervención de Christian Quiroga, definieron en forma autónoma tanto el hecho de participar en esta licitación como el precio de oferta que presentaría Socofar. Ello es consistente con el diálogo que contiene la interceptación, copiado en el extracto 2 expuesto en el considerando quincuagésimo octavo, en aquella parte en la que el Sr. Quiroga afirma que "*el tema es que, la verdad entre vos y yo Nico, con lo del Guillermo Grant que ustedes armaron, porque yo no estaba ni enterado, ahí yo me salí de acuerdo es decir.... [risas], claro ahí me salí de acuerdo yo* (...)". Particularmente relevante resultan ser las expresiones "*que ustedes armaron*" y "*porque yo no estaba ni enterado*", las que demuestran que el Sr. Quiroga estuvo ajeno a la preparación y formulación de estas ofertas. De la lectura de ese pasaje se desprende entonces que el hecho de que el equipo de ventas de Baxter formuló una oferta en la Licitación Hospital, implicó para Christian Quiroga "salirse" o desviarse de un acuerdo;

Septuagésimo octavo: Que, por otra parte, Baxter arguye que no tendría sentido que dicho laboratorio alcanzara un acuerdo con su competidor para afectar

la Licitación Hospital, toda vez que los precios a ofertar en las licitaciones eran objeto de *"una negociación bilateral en igualdad de condiciones de Socofar"* (foja 3162 del cuaderno principal), lo que a su juicio se contrapone a una imposición de ofertas por parte de esta requerida para lograr el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo;

Septuagésimo noveno: Que el argumento entregado por Baxter no es plausible, toda vez que existe suficiente evidencia en el proceso de que al menos en la Licitación Hospital, quien definió los precios ofertados fue Baxter y no Socofar. Así se desprende del correo electrónico "55. Precios licitaciones Hospital Guillermo Grant" y el documento "56. LICITACIONES HOSPITAL GG", ambos contenidos en el disco compacto que rola a fojas 1 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter. Dichos documentos dan cuenta que el 30 de julio de 2012, el equipo de ventas de Baxter se comunicó por primera vez con Socofar con motivo de la Licitación Hospital. En concreto, Nicole Valenzuela remitió un correo a Eduardo Salvatierra y Benjamín Kalm, ambos de Socofar, con una planilla Excel donde indicaban los "*precios a ofertar a en las licitaciones de sueros de Hospital Guillermo Grantt"*. El documento Excel adjunto a este correo, de acuerdo a sus propiedades, fue creado por Nicole Valenzuela e indica un precio a ofertar de $281 para el suero fisiológico 100 ml envase flexible (celda N15);

Octogésimo: Que a mayor abundamiento y a nivel contextual, porque no forma parte del ámbito de la acusación, llama la atención que en la interceptación antes reproducida, Christian Quiroga indique que Mariano Ojeda "*quería que le entregara algo de Banmédica*" y, luego, señale que "*tenemos que ver qué hay, que ojalá haya algo que no sean los grandes, para ver si puedo entregarle algo para ID o si no este muchacho va estar sin nada de bolsa durante todo el año,* (...)". Cabe destacar que Baxter objetó la voz ID en otro pasaje de la transcripción de la misma interceptación (foja 1280 del cuaderno principal), objeción a la que se allanó la FNE (foja 1470 del cuaderno principal). Con todo, Baxter no objetó la voz ID en esta frase donde se menciona Banmédica ni tampoco refutó que ella corresponde a una nomenclatura que alude a un indicador de licitaciones publicadas en el sitio web de Mercado Público;

Octogésimo primero: Que la conversación constituye una prueba de que el Sr. Ojeda y el Sr. Quiroga compartían, al menos en esa época, información relativa a las licitaciones en que ambas empresas participaban, neutralizando así la incertidumbre estratégica relativa a estos procesos competitivos. Tal como ha resuelto este Tribunal, no existe un impedimento legal para que se admita y valore este tipo de evidencia en el proceso (Sentencia N° 167/2018, c.69°). Ello, en definitiva y no obstante que no puede reprocharse en este proceso en cuanto no es parte del libelo acusatorio, permite inferir lógicamente que los gerentes generales no tomaban decisiones en forma autónoma en lo referido a licitaciones públicas que involucran sueros. Ello, en lo sustantivo, es consistente con la tesis del caso de la FNE en orden a que los gerentes generales de las requeridas celebraron acuerdos colusorios para afectar el resultado de licitaciones públicas;

Octogésimo segundo: Que, ahora, en relación con la preparación de la oferta por parte de Sanderson para participar en la Licitación Hospital, dicha requerida cuestiona la capacidad que habría tenido su gerente general en esa época, Mariano Ojeda, para asumir y ejecutar un acuerdo que involucra los precios a presentar en un proceso de tal naturaleza. En concreto, afirma en su contestación que "*[d]e entre todas las suposiciones que efectúa la FNE, llama en particular la atención aquella que asume que los gerentes de Sanderson y Baxter son capaces por si solos de asumir un acuerdo de las características que señala la FNE*" (fojas 92 y 93 del cuaderno principal). Añade que "*[p]ara que las supuestas comunicaciones entre los ejecutivos puedan servir de antecedente de un supuesto acuerdo, la FNE deberá probar que eran ellos quienes en los hechos podían ejecutar los supuestos acuerdos*" (foja 93 del cuaderno principal);

Octogésimo tercero: Que, entonces, es necesario dilucidar si el Sr. Ojeda tenía la posibilidad de incidir en los precios que presentó Sanderson en su postulación en la Licitación Hospital y en qué medida podía influir en la toma de este tipo de decisiones. Al respecto, el archivo en formato *excel* denominado "150. Formulario de Precios SUEROS VOLUVEN HGGB 4309-189-190-LP12", contenido en el disco compacto que rola a fojas 2075 del cuaderno principal, indica que Sanderson determinó en $290 su precio de oferta para postular en la Licitación Hospital. Un extracto de dicho documento se inserta a continuación (énfasis agregado);

EXTRACTO DE PLANILLA

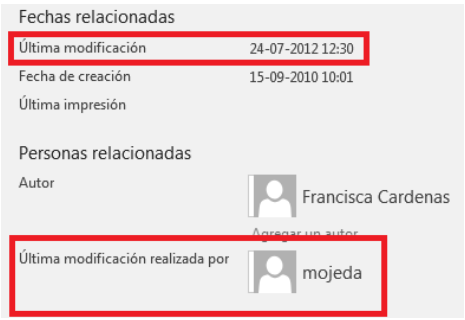
"150. FORMULARIO DE PRECIOS SUEROS VOLUVEN HGGB 4309-189-190-LP12"

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	L	M	N	O
42													
43		***DETALLE LICITACION ANTERIOR:***											
44					ULTIMA ADJUDICACIÓN			PRINCIPAL COMPETIDOR					
45	CODIGO	PRODUCTO	CANTIDAD	UM	PROVEEDOR	PRECIO		PROVEEDOR	PRECIO	CONVENIO MARCO	PRECIO DE LISTA	PRECIO HOSP BASE	PRECIO OFERTAR
46													
47	BCL023	BCL023 SODIO CLORURO 0.9% 1000 ML CAJA X 14 BO	36.240	BOLSA	BAXTER	$ 390	$ 14.133.600	SANDERSON	$ 394	$ -	$ 462	$ 363	$ 390
48	WCL027	WCL027 GLUCOSA 10% 250 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	2.016	BOLSA	SANDERSON	$ 270	$ 544.320	BAXTER	$ 306	#N/A	$ 285	#N/A	$ 275
49	BCL028	BCL028 GLUCOSA 5% 1000 ML CAJA X 14 BOLSA PVC A	5.880	BOLSA	SANDERSON	$ 444	$ 2.610.720	BAXTER	$ 510	$ -	$ 495	$ 413	$ 450
50	BCL021	BCL021 SODIO CLORURO 0.9% 250 ML CAJA X 50 BOL	18.000	BOLSA	SANDERSON	$ 310	$ 5.580.000	BAXTER	$ 340	$ -	$ 336	$ 268	$ 315
51	BCL026	BCL026 GLUCOSA 5% 250 ML CAJA X 50 BOLSA PVC AB	6.000	BOLSA	BAXTER	$ 344	$ 2.064.000	SANDERSON	$ 348	$ -	$ 363	$ -	$ 344
52	BCL035	BCL035 GLUCOSALINO ISOTONICO 500 ML CAJA X 28 E	3.024	BOLSA	SANDERSON	$ 375	$ 1.134.000	BAXTER	$ 425	$ -	$ 446	$ 384	$ 385
53	BCL030	BCL030 GLUCOSA 10% 500 ML CAJA X 28 BOLSA PVC A	1.680	BOLSA	SANDERSON	$ 268	$ 450.240	BAXTER	$ 340	$ -	$ 336	$ 289	$ 289
54	WCL010	WCL010 GLUCOSA 5% 500 ML CAJA X 20 MATRAZ APIF	45.600	MATRAZ	SANDERSON	$ 235	$ 10.716.000	BRAUN	$ 230	$ -	$ 250	$ 228	$ 230
55	WCL009	WCL009 GLUCOSALINO ISOTONICO 500 ML CAJA X 20	120.000	MATRAZ	SANDERSON	$ 238	$ 28.560.000	BRAUN	$ 235	$ -	$ 280	$ 240	$ 295
56	BCL027	BCL027 GLUCOSA 5% 500 ML CAJA X 28 BOLSA PVC AB	3.600	BOLSA	BAXTER	$ 332	$ 1.195.200	SANDERSON	$ 332	$ -	$ 405	$ 324	$ 365
57	WCL029	WCL029 GLUCOSA 30% 500 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	1.200	MATRAZ	SANDERSON	$ 444	$ 532.800	BRAUN	$ 465	$ -	$ 440	$ 434	$ 455
58	WCL011	WCL011 GLUCOSA 10% 500 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	5.040	MATRAZ	SANDERSON	$ 268	$ 1.350.720	BRAUN	$ 250	$ -	$ 265	$ 256	$ 268
59	BCL020	BCL020 SODIO CLORURO 0.9% 100 ML CAJA X 95 BOL	216.600	BOLSA	SANDERSON	$ 281	$ 60.864.600	BAXTER	$ 330	$ -	$ 341	$ -	$ 290
60	WCL007	WCL007 AGUA DESTILADA 500 ML CAJA X 20 MATRAZ	78.000	MATRAZ	SANDERSON	$ 246	$ 19.188.000	BRAUN	$ 260	$ -	$ 260	$ -	$ 255
61	BCL036	BCL036 GLUCOSALINO ISOTONICO 1000 ML CAJA X 14	3.360	BOLSA	SANDERSON	$ 492	$ 1.653.120	BAXTER	$ 638	$ -	$ 556	$ 469	$ 495
62	WCL017	WCL017 GLUCOSA 5% 1000 ML CAJA X 10 MATRAZ AP	9.600	MATRAZ	SANDERSON	$ 385	$ 3.696.000	BRAUN	$ 410	$ -	$ 410	$ 404	$ 405

Octogésimo cuarto: Que, según se puede apreciar en el archivo Excel antes singularizado, en la información relativa a las propiedades del documento, fue precisamente Mariano Ojeda la última persona en modificarlo el 24 de julio del 2012, esto es, una semana antes del cierre de la Licitación Hospital y cinco días después del contacto telefónico que materializó con el Sr. Quiroga;

PROPIEDADES EXCEL

"150. FORMULARIO DE PRECIOS SUEROS VOLUVEN HGGB 4309-189-190-LP12"



Octogésimo quinto: Que, en este mismo sentido, el entonces gerente comercial de Sanderson a la fecha de la Licitación Hospital, el Sr. Echeverría Bascuñán, en su declaración como testigo, en audiencia cuya acta rola a fojas 1332 del cuaderno principal, señaló que correspondía al gerente general decidir si participar de una licitación relevante, así como definir el precio a ofertar. En particular, expresó que "*ABOGADO FNE: Mjum. Y esa decisión de oferta, primero de oferta o no ofertar y, segundo, de a qué precio ofertar, ¿en quién recaía? TESTIGO: Finalmente, en el gerente general.*" (fojas 1348 y 1349 del cuaderno principal);

Octogésimo sexto: Que, a mayor abundamiento, sirve como antecedente que refuerza la idea anterior, la declaración del Sr. Ojeda ante la FNE, acompañada al proceso, cuando admitió expresamente que definía los precios de los hospitales de mayor relevancia. Al efecto, señaló que "*FNE: OK, ¿Entonces quién tenía la última palabra en la determinación de precios de hospitales? DECLARANTE: Los precios en los hospitales grandes, yo*" (Declaración Mariano Ojeda, de 10 de diciembre de 2014, cuya transcripción consta en el documento "55. Declaración Mariano Alberto Ojeda_Censurado" contenido en el disco compacto que rola a fojas 23 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter, página 73);

Octogésimo séptimo: Que los antecedentes antes expuestos permiten inferir que, tal como plantea la FNE en su requerimiento, fue precisamente Mariano Ojeda quien definió el precio a ofertar de $290 para el suero fisiológico 100 ml flexible;

Octogésimo octavo: Que, por otra parte, según consta en el registro telefónico acompañado en autos ("base_consolidada.dta", que se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 2073 del cuaderno principal), en adelante el "Registro Telefónico", durante el año 2012, los gerentes generales de las requeridas se contactaron en múltiples ocasiones, a través de llamadas y mensajes de texto, durante el período en que se desarrolló la Licitación Hospital, esto es, en el período comprendido entre su apertura y cierre. Ello no fue controvertido en autos;

Octogésimo noveno: Que, en concreto, el Registro Telefónico da cuenta que el 19 de julio de 2012 los mencionados gerentes generales se contactaron mediante mensajes de texto en siete oportunidades, en un período menor a una hora. Asimismo, revela que los gerentes generales no volvieron a contactarse, sino hasta después del cierre de la Licitación Hospital;

CUADRO N° 4

REGISTRO DE COMUNICACIONES ENTRE CHRISTIAN QUIROGA Y MARIANO OJEDA

Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad
22-09-2010	1	25-04-2011	1	24-05-2012	2	01-10-2012	3
29-09-2010	1	26-04-2011	2	20-06-2012	4	02-10-2012	3
05-10-2010	1	02-05-2011	1	19-07-2012	7	08-10-2012	4
25-10-2010	1	13-07-2011	1	16-08-2012	1	11-10-2012	3
26-10-2010	2	08-08-2011	1	20-08-2012	3	29-10-2012	1
28-10-2010	1	02-02-2012	6	22-08-2012	1	30-10-2012	1
12-11-2010	2	05-02-2012	2	23-08-2012	1	31-10-2012	7
29-11-2010	1	30-03-2012	7	27-08-2012	8	06-11-2012	10
10-12-2010	2	03-04-2012	1	03-09-2012	7	22-11-2012	1
18-01-2011	2	10-04-2012	3	04-09-2012	3	11-12-2012	2
05-04-2011	1	11-04-2012	2	07-09-2012	2	13-12-2012	13
18-04-2011	1	26-04-2012	2	11-09-2012	2	27-03-2013	2
19-04-2011	1	27-04-2012	1	12-09-2012	4	10-04-2013	1
20-04-2011	1	03-05-2012	3	13-09-2012	3	15-04-2013	1
		10-05-2012	1	14-09-2012	2	19-04-2013	1

Fuente: Registro Telefónico, foja 2073 del cuaderno principal.

Nonagésimo: Que tal como ha sido resuelto por este Tribunal (por ejemplo, en la Sentencia N° 148/2015), la existencia de comunicaciones entre gerentes de compañías competidoras se configura como un indicio de la existencia de prácticas anticompetitivas, a menos que durante el proceso se pruebe la existencia de una justificación legítima para la existencia de tales comunicaciones;

Nonagésimo primero: Que, en ese contexto, es necesario determinar si las comunicaciones entre los gerentes generales de empresas que son competidoras directas, se fundan en una explicación alternativa plausible. Para estos efectos, con ocasión de los registros de comunicaciones entre competidores se ha señalado que "*cobra relevancia el tráfico de llamadas telefónicas en el periodo de presentación de las cotizaciones, que es analizado por el TDLC y que efectivamente no encuentra justificación en las relaciones comerciales*" (Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c.29°);

Nonagésimo segundo: Que, en términos generales, las requeridas aducen que el motivo de estas llamadas era legítimo (foja 121, respecto de Sanderson y foja 175 respecto de Baxter, ambas del cuaderno principal). Sin embargo, como se verá, el Registro Telefónico y la interceptación telefónica antes descrita, permiten desvirtuar dicha defensa y llevan a concluir que los contactos entre los gerentes generales tenían un objeto ilegítimo, esto es, afectar el resultado de la Licitación Hospital;

Nonagésimo tercero: Que, en particular, las requeridas han justificado la existencia de las comunicaciones entre sus gerentes en los siguientes hechos: (i) en la compra de Baxa Corporation ("Baxa") por parte de Baxter; (ii) en roturas de stock de sueros y las compras de productos oncológicos de parte de Sanderson a Baxter; y (iii) en la participación de ambas requeridas en la Asociación Gremial que las reúne, Asilfa;

Nonagésimo cuarto: Que, en relación con la primera de las justificaciones, de acuerdo con lo señalado por Sanderson en su contestación (foja 121 del cuaderno principal), Baxa es una empresa cuyos productos eran distribuidos por la matriz de Sanderson y que habría sido adquirida por Baxter a nivel internacional el año 2011. A raíz de esta transacción, tanto Sanderson como Baxter indican

que los gerentes de los laboratorios requeridos debieron tomar contacto para organizar las relaciones comerciales y los cambios en la distribución (a fojas 140 y 2082 del cuaderno principal, respectivamente);

Nonagésimo quinto: Que la Fiscalía no controvierte el hecho de que Baxter International Inc. adquirió la empresa Baxa el año 2011. Sin embargo, señala que el cambio de propiedad tuvo efectos en Chile a partir de finales del año 2012 y comienzos del año 2013, por lo que no sería posible, a su juicio, justificar la existencia de las comunicaciones entre los gerentes generales de las requeridas en el marco de esta transacción (a fojas 2892 del cuaderno principal);

Nonagésimo sexto: Que la primera evidencia acompañada al proceso relativa a los efectos en Chile de la compra de Baxa por parte de Baxter Internacional corresponde a la cadena de correos electrónicos con el asunto "RV_Integracion Baxa-Baxter LAS" del 16 de julio de 2012, contenida en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno principal. En dicho correo, un ejecutivo de Baxter señala que el objetivo de la compañía era tomar control de las operaciones de Baxa en *nuestra región* el próximo año, indicando los avances a realizar para llevar adelante este proyecto. En relación con Chile, señala que se debe analizar *la situación legal del cliente de Chile (Therapia/ FK Chile mantiene el status de distribuidor exclusivo)*;

Nonagésimo séptimo: Que, de conformidad con el contenido del correo citado en la consideración anterior, existe evidencia en el proceso que demuestra que, recién a partir del 19 de octubre de 2012, Baxter comenzó a evaluar la posibilidad de iniciar un acercamiento con Fresenius Kabi en orden a poner término al contrato que ligaba a esta última con Baxa. En efecto, la cadena de correos "144. Re_BAXA – CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN FMC KABI CHILE LTDA" del 19 de octubre de 2012, contenida en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno principal, da cuenta de una conversación entre Andrés Aguirre y Christian Quiroga relativa al mencionado contrato y a su fecha de terminación. En dicha conversación, el Sr. Aguirre señala al Sr. Quiroga que "*teniendo en cuenta que tienes buena relación con el representante legal del Distribuidor gracias a pertenecer a ASILFA, mi recomendación sería que empecemos el acercamiento con el mismo para ir acordando términos y condiciones*

de rescisión del contrato por mutuo acuerdo para evitar cualquier tipo de reclamación", a lo que el Sr. Quiroga respondió "[e]*l 29 del corriente asisto a reunión de ASILFA y haré la primera intervención con el Gte. Gral. De FK con el objetivo de que MKT lidere esto*";

Nonagésimo octavo: Que, por consiguiente, se deduce que las conversaciones entre los gerentes de las requeridas relativas a la compra de Baxa por parte de la Baxter Internacional, de existir, solo pudieron tener lugar al menos, a fines del mes de octubre de 2012. A mayor abundamiento, lo anterior es conteste además con la declaración que Mariano Ojeda prestó ante la Fiscalía, en la que señala que fue a fines del año 2012 e inicios del año 2013 cuando se llevó a efecto el traspaso de Baxa a Baxter Chile (documento "55. Declaración Mariano Alberto Ojeda_Censurado" contenido en el disco compacto que rola a fojas 23 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter, página 101);

Nonagésimo noveno: Que, la segunda justificación que las requeridas entregaron para explicar la existencia de comunicaciones entre sus gerentes generales, consiste en una relación comercial entre ambos laboratorios referida a la compra de productos terminados en casos de quiebres de *stock* y de productos oncológicos. Esta relación comercial en la que Baxter vendía y Sanderson compraba no se encuentra controvertido en autos y se le conoce como "B2B" o "*business to business*";

Centésimo: Que, respecto de los quiebres de stock, Sanderson señala en la presentación que rola a fojas 2756 del cuaderno principal, que los laboratorios se enfrentan a ellos cuando, habiéndose adjudicado una o varias licitaciones, no tienen la cantidad necesaria del producto licitado para cumplir con los despachos exigidos. Atendido lo anterior, el laboratorio afectado busca a otro símil que le pueda vender el producto para cumplir sus compromisos previamente adquiridos;

Centésimo primero: Que, de acuerdo con lo señalado por ambas requeridas en sus presentaciones que rolan a fojas 2756 y 3080 del cuaderno principal, Solange Meza, de Sanderson, y Nicole Valenzuela, de Baxter, eran las responsa-

bles de las negociaciones relativas a la relación B2B entre ellas. Lo anterior es confirmado además por las declaraciones prestadas por ambas ejecutivas en estrados (cuyas transcripciones constan a fojas 1315 y fojas 1848 del cuaderno principal, respectivamente);

Centésimo segundo: Que, a pesar de lo anterior, tanto Sanderson como Baxter indican que, en ciertos casos relevantes, los gerentes generales de ambas compañías intervenían en las relaciones comerciales B2B. Sanderson respalda lo anterior en la declaración entregada por Mariano Ojeda en la FNE el 10 de diciembre de 2014. En dicha declaración, el Sr. Ojeda indicó que las compras por quiebres de *stock* se realizaban de distintas formas y que *"a veces cuando los precios son muy altos, porque siempre la competencia se aprovecha en estos casos, a veces yo intervengo y si conozco al competidor por alguna circunstancia, hago gestiones digamos, ´nos están matando con el precio, por favor. Sino esto… la vida continúa y mañana puede darse la misma situación al revés´."* (documento "55. Declaración Mariano Alberto Ojeda_Censurado" contenido en el disco compacto que rola a fojas 23 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter, página 94);

Centésimo tercero: Que Baxter, por su parte, argumenta que durante el año 2012 los gerentes de las requeridas habrían intervenido en las negociaciones B2B atendido los volúmenes transados ese año y la integración de Baxa a Baxter. En relación con el primero de los argumentos, señala que para el año 2012 la relación comercial entre Baxter y Sanderson alcanzó un monto de ventas totales de $299.933.766, conforme al documento "155. Archivo Excel denominado ´10 Vtas Totales mensuales farmacéuticos" cuya versión pública se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 2123 del cuaderno principal;

Centésimo cuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, no existe evidencia aportada al proceso que acredite que, a la fecha de los hechos requeridos, tanto de la Licitación Hospital como de la Licitación Cenabast, los gerentes de Sanderson y Baxter intervinieron en las negociaciones relativas a B2B. Es más, la evidencia aportada permite acreditar que la intervención de los gerentes generales de las compañías requeridas en estas negociaciones era más bien indirecta y quienes estaban a cargo de la misma eran las Sras. Meza y Valenzuela o quienes

las estuviesen reemplazando en el cargo. En efecto, Solange Meza señaló en estrados que Mariano Ojeda no intervenía directamente en las negociaciones con Baxter, sino que le indicaba a su equipo comercial que se comunicaran con ellos para salir de una situación de quiebre de stock (foja 1325 del cuaderno principal). Dicha declaración es conteste con aquella prestada por el testigo Aníbal Fornazieri, ejecutivo de Sanderson, quien señaló que "*la relación que tenemos con Baxter es la de un proveedor más, es un proveedor de muchos insumos y componentes que son utilizados como consumo en nuestra planta o nuestra… nuestra planta entre comillas que es Recetario Magistral*" (foja 1556 del cuaderno principal)";

Centésimo quinto: Que las declaraciones prestadas en estrados por los gerentes generales actuales de ambas compañías ratifican lo indicado precedentemente. En efecto, en el marco de la audiencia de absolución de posiciones, cuya acta rola a fojas 1419 del cuaderno principal, el Sr. Paredes, gerente general de Baxter, ante la pregunta de quién se encargaba actualmente de las compraventas existentes entre laboratorios, señaló "[e]*n el caso de soluciones, bueno, Nicole Valenzuela, en su rol de, al ser una relación B2B, en su relación de gerente de ventas, Nicole Valenzuela*" (foja 1431 del cuaderno principal). En el mismo sentido, el Sr. Mauri, por Sanderson, ante la misma pregunta expuso "[e]*l departamento que realiza esas compras es el Departamento de Compras, Logística y Compras y Distribución*" (foja 1728 del cuaderno principal);

Centésimo sexto: Que, adicionalmente, el hecho que la relación comercial entre las requeridas involucrara un monto considerable durante el año 2012, no es suficiente para concluir que las conversaciones sostenidas por los gerentes generales de las requeridas en los períodos previos a la presentación de las ofertas en las licitaciones Hospital y Cenabast hicieron referencia a la relación comercial sostenida entre ambas compañías. Es más, de acuerdo con la evidencia aportada al proceso, en el marco del B2B, Baxter cobraba a Sanderson el precio de lista de los medicamentos y productos que le eran solicitados, por lo que no es posible concluir que la intervención de los gerentes generales era relevante para la negociación del precio (documento "155.10 Vtas totales mensuales farmacéuticos", cuya versión pública se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 2123 del cuaderno principal). Lo anterior es conteste con la de-

claración de Solange Meza en estrados, quien indicó que el precio en casos de quiebres de *stock* era definido por Baxter y que para ello "*buscábamos el precio anterior, decíamos óye, otra vez estamos con quiebre de mil, ¿ustedes tienen?. Sí. El precio último fue 870, ¿sigue el mismo precio?. Sí, sigue al mismo precio*" (foja 1324 del cuaderno principal). Del mismo modo, por parte de Sanderson, Aníbal Fornazieri declaró en estrados que los encargados de realizar compras a Baxter eran Macarena Altamirano, Daniel Pinto (foja 1558 del cuaderno principal), Solange Meza y Patricio Navea (foja 1562 del cuaderno principal) y que compraban "*lo mínimo necesario realmente con un recorte importante, porque normalmente es más caro, mucho más caro de lo que vendemos para Cenabast o para cualquier otro hospital, normalmente perdemos mucho dinero cuando tenemos que comprar un producto para poder cumplir con algún contrato*" (foja 1558 del cuaderno principal);

Centésimo séptimo: Que lo expuesto en los considerandos anteriores conduce a una conclusión unívoca: que los gerentes generales no participaban directamente de las relaciones comerciales entre Baxter y Sanderson denominadas B2B, generadas a raíz de quiebres de *stock* o abastecimiento de otros productos y que, de hacerlo, ellas no tuvieron lugar durante el período previo a la presentación de ofertas de las licitaciones objeto del requerimiento;

Centésimo octavo: Que, por lo anterior, la explicación alternativa entregada por Baxter al contenido de las comunicaciones interceptadas que tuvieron lugar el 5 y 11 de octubre de 2012 no es verosímil. Específicamente, Baxter indica que estas comunicaciones dan cuenta de un intercambio, entre dos ejecutivos de una misma compañía, de información pública obtenida de los portales utilizados para las licitaciones y cuyo contexto se da en la relación de negocios entre Sanderson y Baxter en diversas categorías de productos. En este sentido, lo que no resulta verosímil es que el contenido de las conversaciones entre el Sr. Quiroga y el Sr. Ojeda, de las que dan cuenta las mencionadas interceptaciones, haya sido el de negociaciones de precios de productos incluidos en la relación B2B, ya que ha quedado demostrado en el proceso que ellos no intervinieron en dichas negociaciones durante la época en la que tuvieron lugar los hechos requeridos;

Centésimo noveno: Que en lo que respecta a la participación de las requeridas en Asilfa, no se encuentra controvertido en autos la participación de Christian Quiroga por Baxter y de Mariano Ojeda por Sanderson, en dicha asociación gremial. Al respecto, Sanderson expone en sus observaciones a la prueba que ambos gerentes generales participaban activamente en dicha asociación y ello constituye otra instancia de comunicación legítima entre ellos. Baxter, por su parte, arguye que, durante la época de los hechos imputados por la FNE, en el Comité Institucional de Asilfa –instancia en la que participaban Christian Quiroga y Mariano Ojeda– se discutía el cambio a las bases de licitación de Cenabast. Funda lo anterior en el correo electrónico acompañado a fojas 2491 del cuaderno principal (documento "4", contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\3 Participación de Christian Quiroga en ASILFA-"), donde se establecía la agenda para la próxima reunión del comité, la que incluía los temas generados por el cambio de bases de licitación antes mencionado. Baxter agrega que en el contexto de Asilfa, Christian Quiroga y Mariano Ojeda discutían temas relativos a la relación B2B;

Centésimo décimo: Que, sin embargo, la activa participación de Christian Quiroga y Mariano Ojeda en la asociación gremial antes indicada que los reúne no constituye, por sí misma, justificación suficiente para la existencia de numerosas llamadas y mensajes de texto intercambiados entre ellos durante el período de preparación de ofertas para las licitaciones de productos en las que ambas compañías compiten;

Centésimo undécimo: Que tampoco se encuentra acreditado en el proceso que durante la época en la que sucedieron los hechos que motivaron el requerimiento, los gerentes generales de Sanderson y Baxter hayan tenido inquietudes acerca de los cambios efectuados por Cenabast a las bases de licitación tipo que utiliza. En este sentido, el hecho que dichos cambios hayan sido motivo de inquietud del Comité Institucional de Asilfa no es una justificación para que los gerentes generales de dos empresas competidoras se contacten en múltiples oportunidades, al margen de dicha instancia formal, para discutir una inquietud relativa a bases de una licitación donde ambas pueden participar como rivales;

Centésimo duodécimo: Que, a mayor abundamiento, tal como quedó establecido en la Sentencia N° 165/2018 de este Tribunal, el Sr. Ojeda utilizó la plataforma de Asilfa para compartir información comercialmente sensible con el laboratorio Biosano, información que formó parte de los acuerdos colusorios que fueron sancionados en dicha Sentencia;

Centésimo decimotercero: Que, de este modo, también se rechazará como justificación a las conversaciones sostenidas por los gerentes generales de las compañías requeridas el hecho de que ambas participaran en Asilfa;

Centésimo decimocuarto: Que, en suma, a juicio de estos sentenciadores, en el caso *sub lite,* la prueba aportada permite deducir que las hipótesis alternativas sobre la causa que motivó los numerosos contactos telefónicos entre los señores Quiroga y Ojeda no son plausibles. En otras palabras, los hechos acreditados en autos sólo se explican si existió un acuerdo colusorio entre Baxter y Sanderson para incidir en los resultados de la Licitación Hospital. Más aun, no existen antecedentes que logren desvirtuar la prueba que acredita la existencia de un acuerdo colusorio entre las requeridas, toda vez que carecen de fuerza para destruir el valor probatorio que tienen los múltiples antecedentes que, apreciados en su conjunto, avalan la existencia de tal acuerdo;

Excepción de Prescripción Licitación Hospital

Centésimo decimoquinto: Que habiéndose acreditado la existencia de un acuerdo entre Baxter y Sanderson para afectar el resultado de la Licitación Hospital, corresponde resolver la excepción de prescripción extintiva opuesta por Sanderson (primer otrosí de la presentación de fojas 88), conforme a la cual estarían prescritos los hechos acontecidos antes del 14 de julio de 2012 y que fueran invocados por la FNE como fundamentos del acuerdo recaído en esta licitación;

Centésimo decimosexto: Que, en específico, Sanderson señala que, de acuerdo con el requerimiento, el acuerdo colusorio habría tenido lugar antes del cierre de la fase de presentación de ofertas, lo que razonablemente debió ocurrir después de la publicación de las bases de licitación respectivas, esto es, el 11 de

julio de 2012, antes de que el Sr. Quiroga partiera de vacaciones y en todo caso, antes del cierre de la fase de presentación de ofertas, que tuvo lugar el 31 de julio de 2012;

Centésimo decimoséptimo: Que el artículo 20 inciso cuarto del D.L. N° 211 establece que el plazo de prescripción de los acuerdos previstos en el artículo 3° letra a) de dicho cuerpo legal es de cinco años, cuyo cómputo no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción;

Centésimo decimoctavo: Que de conformidad con el requerimiento de autos y lo establecido en los considerandos quincuagésimo primero y siguientes, el acuerdo recaído en la Licitación Hospital generó sus efectos al menos hasta la fecha de cierre de presentación de ofertas, esto es, al menos hasta el 31 de julio de 2012. La razón es que Sanderson preparó y formuló su oferta en la Licitación Hospital en el entendido que Baxter no se presentaría, actuando así de conformidad con el acuerdo celebrado entre los gerentes generales. En efecto, la evidencia analizada da cuenta de que el gerente general de Sanderson fue quien definió el precio de la oferta de esta empresa. Asimismo, se acreditó que el gerente general de Baxter ignoraba que su equipo comercial presentaría una oferta en dicha licitación, por lo que se puede asumir que no pudo comunicar oportunamente tal circunstancia a su par en Sanderson, según se expuso en los considerandos sexagésimo noveno a septuagésimo séptimo. En consecuencia, el acuerdo colusorio habría generado efectos al menos mientras Sanderson ejecutaba el acuerdo, esto es, hasta la fecha de cierre de las ofertas de la Licitación Hospital;

Centésimo decimonoveno: Que, ello implica que el plazo de prescripción comenzó a correr desde el 31 de julio de 2012, en circunstancias que el requerimiento de autos fue notificado legalmente a Sanderson el 14 de julio de 2017 y a Baxter el 17 de julio de ese mismo año. De esta forma, la prescripción fue interrumpida este último día por haberse trabado en esa fecha la *litis*;

Centésimo vigésimo: Que, en razón de lo antes expuesto, la acción no se encuentra prescrita, toda vez que fue interpuesta y notificada en un plazo inferior a

cinco años, tal como dispone el artículo 20 antes citado. Por consiguiente, la excepción de prescripción opuesta por Sanderson será rechazada;

Análisis acerca del poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas

Centésimo vigésimo primero: Que el artículo 3, letra a) del D.L. N° 211, exige que un acuerdo colusorio confiera poder de mercado a aquellos competidores que lo celebraron. Como se ha resuelto, en casos de colusión, el grado de poder de mercado conferido que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante, tal como ha ratificado la jurisprudencia de este Tribunal (véanse, por ejemplo, las sentencias N° 74/2008, c.3, N° 79/2008, c.15 y N° 145/2015, c.18);

Centésimo vigésimo segundo: Que, como se ha resuelto (Sentencia N° 145/2015, c.19°), el poder de mercado puede calcularse de dos formas, a saber: (i) de manera directa, utilizando métodos económicos o analizando la evidencia relativa a los efectos anticompetitivos de la conducta (así lo ha resuelto también la jurisprudencia comparada cuando se trata de conductas que no son *per se* ilícitas, *v.gr. Toys "R" Us v. FTC, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000) y FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S, 447 (1986)*, o bien, (ii) de manera indirecta, a través de la delimitación de un mercado relevante. A este último método, al cual se acude cuando existen dificultades para utilizar el primero, se ha referido recientemente la Excma. Corte Suprema, cuando señala que la determinación del mercado relevante es "*entonces necesaria para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, esto es, que el acuerdo colusorio –que se tuvo por establecido– confiera poder de mercado, ello, para la configuración de la figura prevista por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en los términos que ya se ha explicitado en el presente fallo.*" (Excma. Corte Suprema, sentencia de 29 de octubre 2015, Rol Nº 27181-2014, c.52°);

Centésimo vigésimo tercero: Que, de esta manera, el objetivo último del examen antes indicado es establecer, de la forma que resulte más adecuada al caso concreto, si el acuerdo le otorgó o no a sus miembros el poder de mercado necesario para atribuir responsabilidad en materia de libre competencia, tal como exige el D.L. Nº 211;

Centésimo vigésimo cuarto: Que, de acuerdo con el análisis de la prueba rendida, en la Licitación Hospital, Baxter no habría ejecutado el acuerdo colusorio celebrado entre el Sr. Quiroga y el Sr. Ojeda, debido a un error, por lo que no es posible determinar el poder de mercado directamente, como se indicó antes. En este contexto, a fin de dilucidar si el acuerdo confirió poder de mercado a las requeridas, se definirá el mercado relevante en que incidieron las conductas imputadas, desde el punto de vista del producto y en su dimensión geográfica. Este examen servirá también cuando se analice la Licitación Cenabast ya que, como se verá, tampoco puede calcularse el poder de mercado de manera directa respecto de dicha conducta;

Centésimo vigésimo quinto: Que, según expone la FNE en su requerimiento, las bases de cada uno de los procesos licitatorios determinarían un mercado relevante distinto (foja 14 del cuaderno principal). Así, delimita los mercados del producto como: (i) la provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase flexible de volumen de 100 ml, en el marco de la Licitación Hospital, y (ii) la provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase colapsable de volumen de 100 ml, en el marco de la Licitación Cenabast;

Centésimo vigésimo sexto: Que Sanderson, por su parte, señala que discrepa en relación a la glosa de las licitaciones porque su contenido no es claro, toda vez que se habrían declarado admisibles envases que no cumplen con la descripción de "flexible" o "colapsable". Con todo, no controvierte la definición expuesta por la FNE. Más aun, el informe acompañado por Sanderson a fojas 2692 del cuaderno principal, concluye que el mercado relevante se delimita "[d]*ado que en este caso, el mercado relevante consiste en los procesos de licitación respectivos*" (foja 2687 del cuaderno principal). Se puede concluir, entonces, que adscribe a la misma definición de la FNE;

Centésimo vigésimo séptimo: Que finalmente, en la misma línea, en su contestación Baxter señala que cada una de las licitaciones objeto del requerimiento de autos constituye un mercado relevante (fojas 166 y 167 del cuaderno principal);

Centésimo vigésimo octavo: Que, al igual que las partes, de los antecedentes analizados se puede concluir que el mercado relevante afectado por los acuerdos

imputados se define por los objetos que se buscaban adjudicar en los procesos de licitación a que se refiere el requerimiento de autos, entendiendo por "proceso de licitación" la demanda por el abastecimiento de un producto específico, con independencia de si en ese mismo proceso se estaban licitando otros productos. En otras palabras, se pueden identificar dos mercados relevantes, a saber:

(i) Licitación Hospital – Suero fisiológico 0,9% de 100 ml., envase flexible. 218-500; y

(ii) Licitación Cenabast – S.P. Sodio Cloruro 0.9% AM 100 ml solución inyectable p/administración iv envase tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido zgen (100001304);

Centésimo vigésimo noveno: Que, en lo concerniente al mercado geográfico, todas las partes están de acuerdo en que éste se delimita a Chile, conclusión a la que adhiere este Tribunal;

Centésimo trigésimo: Que, definido el mercado relevante, se debe realizar un análisis de las condiciones de competencia en ambas licitaciones, examinando la competencia potencial que enfrentaban las requeridas al momento del cierre de la fase de presentación de ofertas y si los competidores potenciales podían ejercer algún poder disciplinador sobre las requeridas al momento de la Licitación Hospital (competidor creíble);

Centésimo trigésimo primero: Que el hecho que el acuerdo imputado se celebre en el marco de un proceso de licitación pública, que se desarrolla durante un período de tiempo acotado –alrededor de 20 días desde la publicación de las bases de licitación hasta el plazo para presentar ofertas– implica que, con independencia de la existencia de barreras a la entrada, no es posible que ingresen nuevos competidores oportunamente para impedir los efectos negativos para la libre competencia del acuerdo colusorio imputado (véase, en este sentido, Sentencia N° 148/2015, c.63°);

Centésimo trigésimo segundo: Que, en este orden de consideraciones, para efectos de analizar la competencia potencial, en primer lugar, se limita el estudio a aquellas licitaciones convocadas por instituciones de salud del sector público para la provisión del producto suero fisiológico 100 ml en envase colapsable o

flexible. A este respecto, es necesario mencionar que no se cuenta con información detallada de procesos licitatorios del sector privado de salud. Así, el Cuadro N° 5 muestra el porcentaje de las ventas que se adjudicó cada proponente, del total de licitaciones públicas convocadas entre julio de 2009 y junio de 2012, de acuerdo con la información exhibida a fojas 200 del cuaderno principal. Es necesario advertir que estos datos incluyen algunas licitaciones adjudicadas a empresas que ofrecieron sueros cuyos envases podían calificarse como semi-rígidos, a pesar de que la glosa de la licitación hacía alusión a un envase colapsable, tal como se explicó en el considerando cuadragésimo primero. Tal es el caso, por ejemplo, de B. Braun con su producto Ecoflac (y revendedores del mismo);

CUADRO N° 5

PARTICIPACIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS DE CLORURO DE SODIO EN CONCENTRACIÓN DE 0,9% CONTENIDO EN ENVASE FLEXIBLE O COLAPSABLE DE VOLUMEN DE 100 ML.

	2009/2010	2010/2011	2011/2012	Total 2009/2012
SANDERSON	$ 216.695.180	$ 270.946.105	$ 87.280.351	$ 574.921.636
	61,7%	72,8%	61,9%	**66,5%**
BAXTER	$ 93.446.229	$ 90.908.460	$ 19.552.320	$ 203.907.009
	26,6%	24,4%	13,9%	**23,6%**
BRAUN	$ 29.293.000	$ 7.806.002	$ 22.656.810	$ 59.755.812
	8,3%	2,1%	16,1%	**6,91%**
SANTIAGO	$ 9.804.450	$ 587.500	$ 2.269.100	$ 12.661.050
	2,8%	0,2%	1,6%	**1,46%**
CARIBEAN PHARMA	$ 333.600	$ 1.107.928	$ 3.778.310	$ 5.219.838
	0,1%	0,3%	2,7%	**0,60%**
AWAD	$ 1.164.000	$ 591.000	$ 1.514.100	$ 3.269.100
	0,3%	0,2%	1,1%	**0,38%**
LEGUER	$ -	$ -	$ 1.064.900	$ 1.064.900
	0,0%	0,0%	0,8%	**0,12%**
INSUVAL	$ -	$ -	$ 1.063.180	$ 1.063.180
	0,0%	0,0%	0,8%	**0,12%**
DIPROLAB	$ -	$ 122.000	$ 506.700	$ 628.700
	0,0%	0,0%	0,4%	**0,07%**
WINPHARMA	$ -	$ -	$ 450.000	$ 450.000
	0,0%	0,0%	0,3%	**0,05%**

	2009/2010	2010/2011	2011/2012	Total 2009/2012
INSUVET	$ -	$ -	$ 230.000	$ 230.000
	0,0%	0,0%	0,2%	**0,03%**
PRODUCLINIC	$ -	$ -	$ 210.800	$ 210.800
	0,0%	0,0%	0,1%	**0,02%**
DIMEX	$ -	$ -	$ 196.000	$ 196.000
	0,0%	0,0%	0,1%	**0,02%**
AVIMEDI	$ -	$ 10.000	$ 172.450	$ 182.450
	0,0%	0,0%	0,1%	**0,02%**
SCHUBERT	$ 174.000	$ -	$ -	$ 174.000
	0,0%	0,0%	0,0%	**0,02%**
ARQUIMED	$ 165.625	$ -	$ -	$ 165.625
	0,0%	0,0%	0,0%	**0,02%**
CHILE	$ -	$ -	$ 130.200	$ 130.200
	0,0%	0,0%	0,1%	**0,02%**
LABONORT	$ -	$ 56.000	$ -	$ 56.000
	0,0%	0,0%	0,0%	**0,01%**
BRINO ELIO	$ 45.000	$ -	$ -	$ 45.000
	0,0%	0,0%	0,0%	**0,01%**
GERMAN BEHNKE	$ -	$ -	$ 7.000	$ 7.000
	0,0%	0,0%	0,0%	**0,00%**

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

Centésimo trigésimo tercero: Que como se puede observar en el Cuadro N° 5, las requeridas se adjudicaron casi la totalidad del monto licitado por el sector público entre julio de 2009 y junio de 2012, concentrando un 90% de las ventas de dicho período. A su vez, es posible apreciar en el mismo cuadro que la única empresa que tuvo una participación mayor a 3% en alguno de los períodos previos a las licitaciones requeridas fue B. Braun. Por consiguiente, esta era la única empresa que participaba activamente de este tipo de licitaciones, sin perjuicio de que, como se verá, no era un competidor creíble para las Requeridas por las razones que más adelante se expondrán;

Centésimo trigésimo cuarto: Que, asimismo, al revisar la base de datos exhibida por la FNE a fojas 200 del cuaderno principal, la cual no fue observada por las requeridas, se puede extraer información que corrobora la conclusión a la que se arriba en el considerando anterior. En efecto, de los laboratorios que vendieron el producto entre julio de 2009 y junio de 2012, ninguno –además de Baxter, B. Braun y Sanderson– supera el 1,5% de las ventas totales del período y que los que superan el 0,3% de las ventas (Santiago, Caribbean Pharma y Awad) participaron principalmente como revendedores de los productos de Baxter y Sanderson;

Centésimo trigésimo quinto: Que, en específico, tal como lo señala la FNE, lo reconoce Sanderson (a fojas 2806 y 2807 del cuaderno principal) y se corrobora al examinar la base de datos exhibida a fojas 200 del cuaderno principal, muchas de las empresas que contaban con registro del ISP, que las habilitaba para vender el producto requerido, actuaban como revendedoras de los sueros producidos o importados por Baxter, Sanderson y B. Braun. Tal es el caso de Awad, Diprolab, Leguer y Avimedi al ofertar el producto de Baxter; Caribean Pharma el producto de Sanderson e Insuval el producto de B. Braun (Declaración de Olga Nicole Valenzuela Ortiz ante la FNE, de fecha 10 de diciembre de 2014, cuya transcripción está ubicada en el disco compacto que rola a fojas 30 del cuaderno de versiones públicas de la FNE, ruta dentro del soporte: "TOMO XI", páginas 22 a 23);

Centésimo trigésimo sexto: Que, en coherencia con lo anterior, los competidores potenciales identificados por Sanderson (foja 96 del cuaderno principal) y Baxter (foja 169 del cuaderno principal), no presentaron ofertas en ningún proceso de licitación pública del producto requerido entre julio de 2009 y junio de 2012, tal como se muestra en el cuadro a continuación. Más aun, de todos los laboratorios mencionados, solo Bestpharma presentó ofertas, pero recién en 2013, con posterioridad a las licitaciones requeridas. Lo anterior permite concluir que las empresas mencionadas no eran potenciales oferentes que pudieran ejercer algún grado de presión competitiva sobre las requeridas en la época que ocurrieron los hechos que motivaron el requerimiento;

CUADRO N° 6

COMPETIDORES POTENCIALES IDENTIFICADOS POR LAS REQUERIDAS

Competidores potenciales	Mencionados por		Ofertas presentadas entre julio de 2009 y junio de 2012	Primera oferta presentada
	Baxter	Sanderson		
Biosano	sí	sí	0	-
Bestpharma	no	sí	0	25/01/2013
Claris Lifescience	sí	sí	0	-
Flexpharma	no	sí	0	-
Grifols Chile	sí	sí	0	-
BPH	no	sí	0	-
Pisa Farmacéutica	no	sí	0	-
Eurofarma Chile	no	sí	0	-

Fuente: Elaboración propia en base a la información de fojas 96, 169 y "Base Minibag Final", exhibido a fojas 200 del cuaderno principal.

Centésimo trigésimo séptimo: Que la Licitación Hospital involucraba uno de los volúmenes de sueros más altos del período 2012/2013, tal como lo muestra el Cuadro N° 7 a continuación, y fue convocada por una de las instituciones que agrupaba la mayor cantidad de compras a través de licitaciones en el sector público de salud, entre julio de 2009 y junio de 2012, tal como se muestra en Cuadro N° 8;

CUADRO N° 7

LICITACIONES PÚBLICAS ADJUDICADAS EN EL PERÍODO 2012/2013

Número Adquisición	Institución	Cantidad adjudicada		Adjudicatario	Monto adjudicado	
621-163-LP12	Cenabast	1.457.750	69,09%	B. Braun	400.881.250	67,89%
4309-190-LP12	HGGB	216.600	10,27%	Socofar	60.864.600	10,31%
1541-108-LP12	Hospital El Pino	120.000	5,69%	Baxter	26.400.000	4,47%
1499-45-LP12	Instituto Nacional del Tórax	52.000	2,46%	Sanderson	15.600.000	2,64%
359-240-LP12	Instituto Nacional del Cáncer	27.000	1,28%	Sanderson	9.207.000	1,56%
673684-130-LP12	Instituto de Neurocirugía	29.071	1,38%	Sanderson	8.721.300	1,48%

Nota: Se realizaron otras 298 adquisiciones en el período, pero ninguna superó el 0,36% del total adjudicado en dinero ($2.086.920), ni el 0,31%, en cantidad (6.400 unidades).

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibido a fojas 200 del cuaderno principal.

CUADRO N° 8
CANTIDADES ADJUDICADAS DE SUERO FISIOLÓGICO 0,9% DE 100 ML., ENTRE JULIO DE 2009 Y JUNIO DE 2012, SEGÚN INSTITUCIÓN

Institución	Unidades adjudicadas
Cenabast	35,26%
HGGB	14,93%
Hospital Dr. Luis Tisné Brousse	8,68%
Hospital San José	6,76%
Hospital de Urgencia Asistencia Pública	4,15%
Instituto de Neurocirugía	3,86%
Hospital Barros Luco Trudeau	3,19%
Servicio de Salud Iquique	2,04%
Servicio de Salud Arica	1,63%
Hospital del Salvador	1,43%
Hospital Clínico San Borja Arriarán	1,41%
Instituto Nacional del Cáncer	1,20%
Instituto Nacional del Tórax	1,13%
Otros	14,33%

Fuente: Observaciones a la prueba FNE, foja 3053 del cuaderno principal.

Centésimo trigésimo octavo: Que, se debe considerar que los grandes volúmenes solicitados y la logística necesaria para abastecer de manera oportuna a las instituciones son elementos que restringen la cantidad de potenciales participantes. Prueba de ello es lo señalado por la FNE en sus observaciones a la prueba, donde indica que todas las licitaciones de más de 50.000 unidades fueron adjudicadas a Baxter, Sanderson o B. Braun (fojas 3055 y 3056 del cuaderno principal). Es más, si se analiza el período relevante para el caso de autos, es decir el período comprendido entre julio de 2009 y junio de 2012, todas las licitaciones de 50.000 unidades o más fueron adjudicadas a alguna de las requeridas, como se muestra en el Cuadro N° 9;

CUADRO N° 9
LICITACIONES PÚBLICAS DE MÁS DE 50.000 UNIDADES, CONVOCADAS ENTRE JULIO DE 2009 Y JUNIO DE 2012

Código Licitación	Institución	Fecha publicación	Período	Fecha adjudicación	Cantidad adjudicada	Adjudicatarios
621-836-LP09	Cenabast	17-07-2009	2009/2010	04-09-2009	544.000	Sanderson
1959-250-LE09	Hospital Dr. Luis Tisné Brousse	30-10-2009	2009/2010	28-12-2009	70.000	Baxter - Sanderson
1959-250-LE09	Hospital Dr. Luis Tisné Brousse	30-10-2009	2009/2010	28-12-2009	70.000	Baxter - Sanderson
621-1258-LP10	Cenabast	11-11-2010	2010/2011	12-01-2011	551.285	Sanderson
4309-481-LP10	HGGB	12-01-2011	2010/2011	16-02-2012	379.800	Sanderson
2069-24-LP11	Hospital Barros Luco Trudeau	20-01-2011	2010/2011	19-05-2011	99.000	Baxter
545492-171-LP11	Hospital de Urgencia Asistencia Pública	04-05-2011	2010/2011	23-09-2011	104.000	Baxter
1959-133-LP11	Hospital Dr. Luis Tisné Brousse	03-11-2011	2011/2012	02-12-2011	102.000	Sanderson

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibido a fojas 200 del cuaderno principal.

Centésimo trigésimo noveno: Que, al analizar todas las licitaciones de 30.000 unidades o más, convocadas entre julio de 2009 y junio de 2012, según la información disponible en la "Base Minibag Final" exhibida a fojas 200 del cuaderno principal, B. Braun solo se adjudicó un 2,6% de este subconjunto. Es más, las únicas licitaciones en las que B. Braun se adjudicó una cantidad de gran envergadura fueron las convocadas por el Hospital San José, el cual adjudicó 30.000 unidades a todos los laboratorios que participaron en ambos procesos licitatorios sin distinguir los precios ofertados. Analizando solo la variable precio, las ofertas de B. Braun en ambas ocasiones fueron muy superiores al mejor postor, tal como muestra el cuadro a continuación;

CUADRO N° 10

LICITACIONES DESDE 30.000 UNIDADES, ENTRE JULIO DE 2009 Y JUNIO DE 2012

Institución	N° Adquisición	Laboratorio Adjudicado	Precio	Cantidad Adjudicada	Porcentaje de la muestra
CENABAST	621-1258-LP10	Sanderson	248	551.285	24,0%
CENABAST	621-836-LP09	Sanderson	232	544.000	23,7%
HGGB	4309-481-LP10	Sanderson	281	379.800	16,6%
Hospital De Urgencia Asistencia Pública	545492-171-LP11	Baxter	290	104.000	4,5%
Hospital Dr. Luis Tisne Brousse - Santiago Oriente	1959-133-LP11	Sanderson	280	102.000	4,4%
HOSPITAL BARROS LUCO TRUDEAU	2069-24-LP11	Baxter	290	99.000	4,3%
Hospital Dr. Luis Tisne Brousse - Santiago Oriente	1959-250-LE09	Baxter	312	70.000	3,1%
Hospital Dr. Luis Tisne Brousse - Santiago Oriente	1959-250-LE09	Sanderson	250	70.000	3,1%
Servicio De Salud Iquique	1647-1197-L109	Sanderson	240	48.000	2,1%
HGGB	4309-612-LP09	Sanderson	250	42.000	1,8%
HGGB	4309-612-R109	Sanderson	250	42.000	1,8%
Instituto De Neurocirugía	673684-80-LP12	Sanderson	300	31.200	1,4%
Hospital San José	1549-175-LE10	Baxter	350	30.000	1,3%
		B. Braun	320	30.000	1,3%
		Sanderson	240	30.000	1,3%
Hospital San José	1549-498-LE10	Baxter	350	30.000	1,3%
		B. Braun	370	30.000	1,3%
		Sanderson	240	30.000	1,3%
		Santiago	298	30.000	1,3%

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

Centésimo cuadragésimo: Que, incluso lo afirmado anteriormente se puede generalizar para todas las licitaciones de 3.000 o más unidades. A saber, ninguna de estas 67 licitaciones, publicadas entre julio de 2009 y junio de 2012, fue adjudicada a un laboratorio distinto de Baxter, Sanderson y B. Braun, con excepción de la licitación 1549-498-LE10 convocada por el Hospital San José que adjudicó 30.000 unidades a Baxter, B. Braun, Sanderson y Santiago, según la información disponible en la "Base Minibag Final" exhibida a fojas 200 del cuaderno principal;

Centésimo cuadragésimo primero: Que, como ya fue establecido en las consideraciones anteriores, B. Braun era el único competidor potencial para las requeridas en la Licitación Hospital. Las anteriores licitaciones convocadas por el HGGB no fueron la excepción, ya que las únicas empresas que superaron las etapas de admisibilidad administrativa y técnica en dichos procesos fueron Baxter, B. Braun y Sanderson, como muestra el Cuadro N° 11. Por último, cabe mencionar que las demás empresas que participaron en los procesos convocados por el HGGB, ofertaron productos de alguno de estos laboratorios, por lo que resultaba improbable que pudieran representar una competencia potencial capaz de disciplinar a las requeridas;

CUADRO N° 11

OFERENTES EN LICITACIONES CONVOCADAS POR HGGB ENTRE JULIO DE 2009 Y JUNIO DE 2012

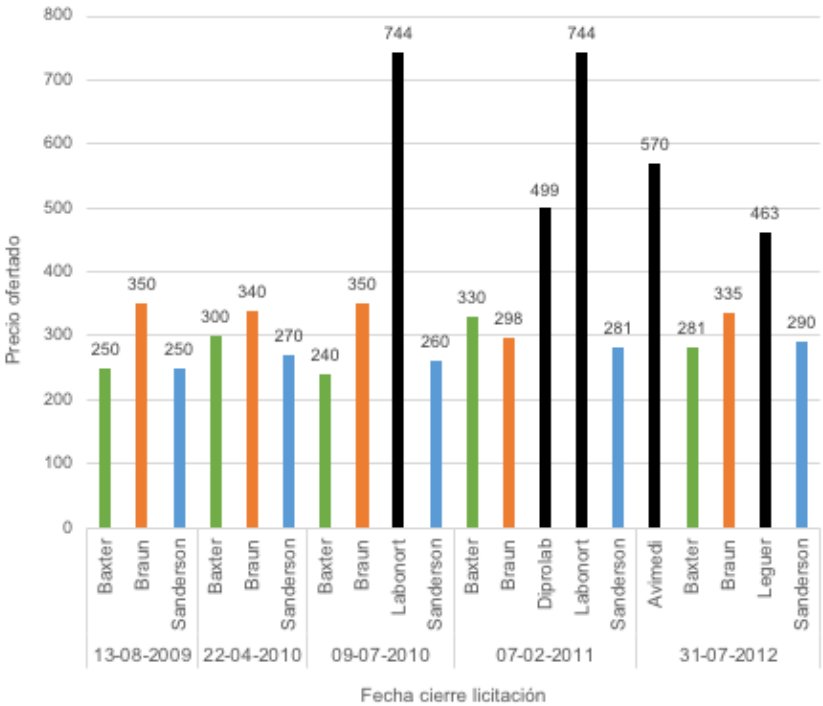
Fecha cierre	Cantidad	Participantes	Envase	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
13-08-2009	42.000	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	apiroflex	Aceptada	Aceptada
22-04-2010	128.000	BAXTER	mini viaflex	Rechazada	Rechazada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	apiroflex	Aceptada	Aceptada
09-07-2010	90.000	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		LABONORT	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		SANDERSON	apiroflex	Aceptada	Aceptada
07-02-2011	759.600	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN-2	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		DIPROLAB	mini viaflex	Rechazada	Rechazada
		LABONORT	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		SANDERSON	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
31-07-2012	216.600	AVIMEDI	no especifica	Rechazada	Rechazada
		B. BRAUN	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN-2	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		LEGUER	mini viaflex	Rechazada	Rechazada
		SANDERSON	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
		SOCOFAR	mini viaflex	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, por otra parte, aun cuando las referidas ofertas hubiesen superado las etapas de admisibilidad, los precios ofertados siempre estuvieron muy lejos de aquellos a los que fue adjudicada la licitación pertinente, tal como muestra el gráfico a continuación;

GRÁFICO N° 1

PRECIOS OFERTADOS EN LICITACIONES CONVOCADAS POR HGGB ENTRE 2009 Y 2012



Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 el cuaderno principal.

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, en consecuencia, para efectos de evaluar si el acuerdo acreditado en autos tenía aptitud para afectar la libre competencia, corresponde dilucidar si B. Braun pudo o podía ejercer una presión competitiva eficaz sobre las requeridas de modo de evitar que el acuerdo les confiriera poder de mercado;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, respecto a la competencia que enfrentaban las requeridas por parte de B. Braun, si bien esta empresa había participado de las licitaciones, no se había adjudicado ninguna de ellas al momento en que se convoca a la Licitación Hospital. Lo anterior se explica porque, los precios ofertados por B. Braun, en la mayoría de los casos, fueron muy superiores al menor precio ofertado ($350 versus $250, en 2009; $340 versus $270, en 2010; y $350 versus $240, también en 2010);

Centésimo cuadragésimo quinto: Que de lo anterior se desprende que B. Braun no tenía la capacidad de disciplinar el actuar de Baxter y Sanderson, quienes ofertaron $281 y $290 en la Licitación Hospital, respectivamente. Se debe considerar que el precio consistente con el acuerdo fue el ofrecido por Sanderson, ya que Baxter se desvió del mismo al ofertar un precio menor, por lo que aun cuando B. Braun hubiese presentado su mejor oferta del período estudiado no se hubiese adjudicado la licitación. Por consiguiente, el acuerdo colusorio celebrado entre los gerentes generales de las requeridas tenía la capacidad de conferirles poder de mercado y con ello afectar la libre competencia;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que confirma la conclusión anterior el polinomio de evaluación que utilizaba el HGGB para analizar las ofertas presentadas en sus procesos de licitación. Tal como muestra el Cuadro N° 12, el precio constituía el 70% del puntaje, los plazos de entrega el 20% y la experiencia del oferente el 10% restante. Según consta de la información que rola a fojas 806 y 807 del cuaderno principal, B. Braun obtuvo todo el puntaje por experiencia (10 puntos), pero no obtuvo puntaje por el ítem plazo de entrega, por lo que debía ofrecer un precio bastante inferior al segundo mejor precio para compensar dicha desventaja. De esta manera, era aún menos probable que B. Braun pudiera disciplinar el actuar de las requeridas;

CUADRO N° 12

CUADRO DE ANÁLISIS OFERTAS LICITACIÓN HGGB

Proveedor	Especificaciones del proveedor	Cantidad ofertada	Precio unitario	Monto	Entregas	Experiencia oferentes	Criterios de evaluación				Observaciones
							Precio (70%)	Plazo de entrega (20%)	Experiencia oferentes (10%)	Total	
Sanderson	Bolsa PVC	216.600	$ 290	62.814.000	5 x semana	0 convenios	67,8	20,0	0,0	87,8	
B.Braun	Ecoflac	216.600	$ 335	72.561.000	-	>5 convenios	58,7	0,0	10,0	68,7	
Socofar	Miniviaflex	216.600	$ 281	60.864.600	5 x semana	0 convenios	70,0	20,0	0,0	90,0	Adjudica
B.Braun	Ecoflac Mix	216.600	$ 430	93.138.000	-	>5 convenios	45,7	0,0	10,0	55,7	

Fuente: Elaboración propia en base a información de fojas 806 y 807 del cuaderno principal.

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, posteriormente y según se desprende del análisis del archivo "22. Evaluación G.Grant 07-12" (contenido en el disco compacto que rola a fojas 1 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter), el día 27 de julio de 2012 Carlos Nova, supervisor de licitaciones y precios de Baxter, consolidó todas las propuestas para las líneas de producto en un documento Excel, incluido el suero fisiológico de 100 ml flexible, contemplando un precio de oferta de $281 para este producto

(celda N23 Hoja "4309-190-LP12"). Además, se incluyó en el análisis un "precio competencia" de $281 para Sanderson (celda L23 Hoja "4309-190-LP12"), ofertado por dicha empresa en la licitación anterior del HGGB para este producto. El hecho de que sólo Sanderson haya sido contemplado como "competencia" acredita que en el mercado afectado por la conducta no existía, a ese entonces, otro actor considerado por las requeridas que pudiera desestabilizar su actuar anticompetitivo;

Centésimo cuadragésimo octavo: Que, del análisis antes expuesto, se acredita que las requeridas, al momento de celebrar el acuerdo, no enfrentaban una presión competitiva eficaz y, por consiguiente, el acuerdo celebrado entre ellas era idóneo para afectar el resultado de la Licitación Hospital. Ello implica que el acuerdo les confirió poder de mercado, de conformidad con el artículo 3 letra a) del D.L. N° 211;

Análisis de la prueba: antecedentes relativos a la Licitación Cenabast

Prueba acerca de la existencia de un acuerdo colusorio

Centésimo cuadragésimo noveno: Que la FNE expone en su requerimiento que las requeridas habrían celebrado un acuerdo para afectar la Licitación Cenabast. En específico, la requirente señala que los gerentes generales de las requeridas habrían tomado contacto antes de la fecha de cierre de presentación de las ofertas y habrían acordado que Sanderson se adjudicara esta licitación, absteniéndose Baxter de participar. En los hechos, los únicos laboratorios que participaron de esta licitación fueron Sanderson y B. Braun, resultando adjudicatario este último;

Centésimo quincuagésimo: Que, al igual que en la Licitación Hospital, las requeridas niegan la existencia de un acuerdo colusorio para afectar el resultado de la Licitación Cenabast. En particular, Baxter argumenta que no presentó una oferta porque estaba imposibilitada de participar en dicha licitación debido a que no cumplía con los requisitos técnicos y de admisibilidad. En concreto, aduce que su producto no cumplía con el período de eficacia exigido en el Capítulo V. 3. 4. de las bases de la Licitación Cenabast ni contaba con la información legal

requerida en el Capítulo V.3.5. (b) de las bases de dicha licitación (foja 155 del cuaderno principal);

Centésimo quincuagésimo primero: Que, el análisis de la prueba respecto de la Licitación Cenabast se organizará de la siguiente forma: en primer término, se examinará si la prueba permite acreditar la existencia del acuerdo colusorio entre las requeridas que fue imputado por la FNE y, enseguida, se dilucidará si la prueba permite inferir que tal acuerdo les confirió poder de mercado de modo de configurar el ilícito del artículo 3 inciso segundo letra a) del D.L. N° 211;

Centésimo quincuagésimo segundo: Que el conjunto de las pruebas aportadas al proceso y detalladas a continuación, dan cuenta de que los gerentes generales de Baxter y Sanderson alcanzaron un acuerdo para afectar el resultado de la Licitación Cenabast, infringiendo el D.L. N° 211 en los términos planteados por la Fiscalía en su requerimiento. En específico, la conducta acusada se infiere principalmente de interceptaciones telefónicas obtenidas por la FNE y agregadas al proceso, que contienen comunicaciones entre Nicole Valenzuela y Christian Quiroga; de un registro de comunicaciones entre los gerentes generales de las requeridas durante el período de preparación de ofertas a presentar en la Licitación Cenabast; y de la prueba documental incautada, como archivos en formato "*Excel*" y correos electrónicos;

Centésimo quincuagésimo tercero: Que tal como se hizo respecto de la Licitación Hospital, para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se presenta a continuación, resulta conveniente identificar los hitos relevantes del proceso de Licitación Cenabast, en orden cronológico, a saber:

a) 31.08.2012: se publica el llamado a la Licitación Cenabast junto con sus respectivas bases, en el portal web de Mercado Público, aprobadas mediante Resolución Afecta de Cenabast N° 156 de 24 de abril de 2012, que rola a fojas 814 del cuaderno principal;
b) Sanderson presentó su oferta el 20 de septiembre de 2012;
c) El plazo para presentar ofertas expiró el día 21 de septiembre de 2012 a las 17:30 horas; y
d) La Resolución Afecta Cenabast N° 432, de 5 de diciembre de 2012, adjudica la Licitación Cenabast a B. Braun por el monto bruto de $477.048.688 (foja 877 del cuaderno principal).

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que consta en el expediente que el 11 de octubre de 2012 Socofar informó a la Sra. Valenzuela, a través de un correo electrónico, de las adjudicaciones realizadas por Cenabast en las distintas licitaciones a las que había convocado, entre las cuales se encuentra la Licitación Cenabast (documento "111. RV_Noticia CENABAST ADJUDICADOS" que se encuentra en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno principal). Dicho correo electrónico fue reenviado por la Sra. Valenzuela al Sr. Quiroga a las 1:31 am el día 12 de octubre de 2012. Ese mismo día y a raíz del mencionado correo electrónico, tiene lugar una conversación entre la Sra. Valenzuela y el Sr. Quiroga, que forma parte de las interceptaciones telefónicas aportadas por la FNE, cuya transcripción rola a fojas 1203 y siguientes del cuaderno principal. En dicha conversación se señala lo siguiente:

Nicole Valenzuela: Sabí lo que me da lata a mí, que me desveló que me desperté como a las cinco de la mañana, además del susto de los temblores, desperté como a las cinco y nunca más me pude dormir… pensado… súper masoquista, pero… eh… y, que éste, tu amigo, no hace bien los análisis porque… eh… él, pensando en el Fisiológico de 100, él, a no ser que regalara el producto, no tenía ninguna posibilidad de adjudicárselo, porque con ocho puntos menos versus dos, su precio tenía que ser pero…

Christian Quiroga: Es que él me dijo que iba ir a… él me dijo que iba ir a un precio muy bajo… ayer me lo confesó que el jefe no le dejó, el tema es que no me avisó.

Nicole Valenzuela: Eso es po… porque ¿sabí lo que sentí? Que en una licitación estos imbéciles de Braun se llevaron 400 palos y meten la puntita de que "ah CENABAST nos adjudicó colapsable tipo VIAFLEX, me valida", y nosotros, más nuestros cálculos, era ir a 270, les hubiéramos volado la cabeza y nos hubiéramos adjudicados nosotros eso.

Christian Quiroga: A ver eso fue… fue…

Nicole Valenzuela: Estuve martirizándome desde las cinco de la mañana….

Christian Quiroga: Ah, pero no te martirices vos te martirizás con el diario escrito, pero no así no son las jugadas, las jugadas son antes de que se escriba la novela… [risas].

Nicole Valenzuela: Si po… por eso te digo…él… él… tú…yo siento… es súper personal mi opinión que tu soy súper transparente Christian y súper bueno, pero él no te dice la historia completa ¿cachai o no? porque si te hubiera dicho sabí que no me autorizaron ir a un precio barato… bueno… ¿cachai? a eso voy es que tu hací bien tus cosas y soy un hombre de palabra y te informai porque si tu dijiste algo siempre lo vai a cumplir, entonces me da como lata así que la gente sea media pilla.

Christian Quiroga: Si no, a ver, si bueno, yo no creo, te soy sincero, no lo conozco demasiado, lo conozco un poco más día a día… no creo que lo haya hecho de mala leche… simplemente es que creo que… ayer me dijo "no, pasa que no me dejaron ir al precio que yo quería ir" y le digo "pero boludo" le digo "¿por qué no me avisaste?", me dice "la verdad que se me escapó", me dice, porque se estaba yendo a Cancún qué se yo bueno, estaba… estaba presentando plan, cerrando la licitación y yéndose de vacaciones." (Énfasis agregado)

Centésimo quincuagésimo quinto: Que para efectos de comprender el contexto en el que se genera la conversación anterior se debe tener presente que, conforme al archivo "FC3 - BUD 2013 CHILE.pptx" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno principal, entre otros, Sanderson se encontraba sujeto a una sanción que importaba una deducción en el puntaje asignado a su oferta en el marco de la Licitación Cenabast, producto de incumplimientos anteriores (V.gr. retiros de productos);

Centésimo quincuagésimo sexto: Que la transcripción cuyo extracto se reproduce en el considerando centésimo quincuagésimo cuarto, alude, entre otros temas, a una conversación entre el Sr. Quiroga y el Sr. Mariano Ojeda, ocurrida con posterioridad a la publicación de las ofertas realizadas en el marco de la Licitación Cenabast, en la reunión realizada en Asilfa el 11 de octubre de 2012 (Cuaderno de Versiones Públicas de la Fiscalía Nacional Económica, disco com-

pacto que rola a fojas 1, ruta dentro del soporte: "Terceros", "Tomo XIII", archivo "1. Cont. docs. adjuntos ASILFA_Censurado.pdf", página 143). En específico, se deduce lo siguiente:

(i) Que el Sr. Ojeda y el Sr. Quiroga habrían discutido las posturas de las requeridas en la Licitación Cenabast y que se esperaba que fuera exitoso ("*Es que él me dijo que iba ir a… él me dijo que iba ir a un precio muy bajo*");

(ii) Que el Sr. Quiroga le habría reprochado al gerente general de Sanderson no haberle avisado que no pudo ir a la Licitación Cenabast a un precio muy bajo ("*el tema es que no me avisó*"), frente a lo cual el Sr. Ojeda habría reaccionado expresando *"la verdad que se me escapó"*); y

(iii) Que Baxter había considerado presentarse a la Licitación Cenabast y más aún, había calculado el precio al que hubiesen ido a dicha licitación, el que era de $270 ("*nosotros, más nuestros cálculos, era ir a 270, les habríamos volado la cabeza y nos hubiéramos adjudicado nosotros eso*");

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que, conforme a lo analizado, es posible inferir que los gerentes generales de las dos requeridas acordaron afectar el resultado de la Licitación Cenabast, toda vez que dicha comunicación se refirió a los precios y la presentación de ofertas en dicha licitación. A su vez, el hecho que la omisión del Sr. Ojeda de informar que no iba a poder ir a un *precio muy bajo* generase frustración en los ejecutivos de una empresa competidora, es un indicio de que existía un acuerdo entre las compañías requeridas destinado a afectar el resultado de esta licitación, ya que sugiere que los ejecutivos de Baxter esperaban un comportamiento distinto de su competidora Sanderson;

Centésimo quincuagésimo octavo: Que las conclusiones anteriores se ven reforzadas por la conversación sostenida entre los ejecutivos de Baxter Sra. Valenzuela y Sr. Sarmiento el 12 de octubre de 2012, con posterioridad a la conversación analizada en los considerandos anteriores, cuya transcripción rola a fojas 1209 y siguientes del cuaderno principal. El extracto relevante de dicha conversación es el siguiente:

Nicole Valenzuela: Ah, súper. Oye, y ¿viste lo de los precios po? ¿Lo de la adjudicación?

Francisco Sarmiento: Sí, eso te decía. Súper bien lo de las licitaciones, sí.

Nicole Valenzuela: Viste que estábamos, que teníamos, que por eso yo le dije a Christian "Christian tu amigo es entero trucho porque él te dijo eso, le dije, pensando en que iba más barato Braun, pero no saben ni hacer los cuadros, porque en el fondo... como tenían retiro".

Francisco Sarmiento: Mjum [afirmación].

Nicole Valenzuela: eh...Y ahora salió el de la Albúmina, te lo voy a mandar, Grifols se presentó a las mismas 14 lucas, pero no presentó el certificado de la factura electrónica, por lo tanto, tiene un punto menos.

Francisco Sarmiento: Oye...

Nicole Valenzuela: Así que también las ganaríamos.

Francisco Sarmiento: Qué bueno, qué bueno... ¿Oye y qué te dije Christian cuando...? Porque yo hablé hace un rato con él, pero por el tema renal, que ahí tenemos el medio hoyito, pero... pero bueno, ahí estamos buscando la solución. ¿Qué te dijo? No le pregunté por las licitaciones.

Nicole Valenzuela: Dijo, no, no le puso tanto color, dijo "no, che si en el fondo Mariano". Yo le dije "no, pero es que cuando él te entregué información, está súper bien que tú la validez con Francisco porque ellos te pueden decir cualquier cosa, pero no es que tengan contacto, sino que él miró el cuadro de los precios y te dijo perdiste con Braun porque tenían precio más barato", pero... haciendo el análisis como nosotros lo hicimos, por eso es tan importante cuando nos juntamos con los cuadritos y todo, es que como estos tipos tienen retiro y le dije al tiro que... que en el de 100 ml, le dije "fue maricón contigo porque podríamos haber ido nosotros a un precio súper bueno y nos hubiéramos adjudicado nosotros".

Francisco Sarmiento: ¿Y qué te dijo?

Nicole Valenzuela: Pero no… me dijo, me dijo lo que pasa es que "él pensaba ir barato pero no le dejaron", y yo le dije "bueno y ¿por qué no te avisó?" Me dijo "no, si ayer se lo planteé y que le había dicho como que ay, es que como me iba a Cancún me olvidé y todo", "¿Y sabí lo que pasa? Es que yo siento" le dije "que tú soy súper derecho y buena onda, pero tenís que tener cuidado porque él, imagínate, nosotros nos hubiéramos ganado el de 100 ml que son 400 millones", ¿cachai o no? Entonces le dije "tenís que tener que cuidado porque…"

Francisco Sarmiento: Ya, pero ¿lo tomó, lo tomó bien?

Nicole Valenzuela: Sí, lo tomó bien y me dijo "sí, lo que pasa es que lo estoy conocien…", pero lo defiende caleta po.

Francisco Sarmiento: Sí, no, pero debe, debe haber un… compromiso ahí mayor, pero… pero sí que tenga en cuenta eso, porque este gallo se adaptó al mercado chileno y claro, puede tener actitudes…". (Énfasis agregado)

Centésimo quincuagésimo noveno: Que en el diálogo antes reproducido la Sra. Valenzuela se queja porque, a su juicio, Mariano Ojeda debió haber informado a Christian Quiroga de su cambio en la postura de Sanderson, cuando recordando lo expresado por éste último señala "(…) *me dijo lo que pasa es que 'él* [*aludiendo a Mariano Ojeda*] *pensaba ir barato pero no le dejaron'*" y que, atendido que no comunicó su precio al Sr. Quiroga, ella le habría dicho, "*fue maricón contigo porque podríamos haber ido nosotros a un precio súper bueno y nos hubiéramos adjudicado nosotros* (…)". Como se puede observar, esta conversación está relacionada con la anterior y refuerza la existencia de un actuar coordinado entre las requeridas en el marco de la Licitación Cenabast;

Centésimo sexagésimo: Que, de los interlocutores de las conversaciones telefónicas interceptadas que fueron analizadas en los considerandos anteriores, solo compareció como testigo en estrados la Sra. Valenzuela, quien negó la existencia del acuerdo (transcripción de declaración testimonial a fojas 1848 del cuaderno principal). En su declaración, indicó que Baxter no pudo presentarse a la licitación porque "*el producto que nosotros teníamos en el país tenía 12*

meses de vencimiento desde la fecha de fabricación y para poder presentarnos, generalmente, tenía 9 a 10 meses, entonces no alcanzaron a llegar documentos para poder presentar productos de otro origen" (foja 1914 del cuaderno principal). Luego agregó que el resultado de esta licitación "*marcó un punto complicado*" para Baxter por cuanto se validó como flexible el envase Ecoflac utilizado por B. Braun (foja 1915 del cuaderno principal). Por último, sostuvo que esta conversación hace referencia a la relación comercial B2B que Baxter sostenía con Sanderson;

Centésimo sexagésimo primero: Que, al igual que en la Licitación Hospital, la FNE alegó la falta de credibilidad de esta testigo en sus dichos relativos a la Licitación Cenabast por las mismas razones indicadas en el considerando sexagésimo segundo (foja 2960 del cuaderno principal);

Centésimo sexagésimo segundo: Que, según se desarrolló en los considerandos sexagésimo tercero y sexagésimo cuarto, la testigo Nicole Valenzuela carece de verosimilitud ya que su declaración no es coherente ni su relato está adecuadamente contextualizado, por las mismas razones expuestas en el análisis de la prueba de la Licitación Hospital. En consecuencia, sus dichos no sirven para refutar otros elementos de prueba aportados en autos y, en definitiva, no pueden desvirtuar las conclusiones a las que arribó este Tribunal respecto de la interpretación de las conversaciones telefónicas obtenidas por la FNE y allegadas al expediente;

Comunicaciones entre los gerentes generales y explicaciones alternativas de las requeridas

Centésimo sexagésimo tercero: Que, por su parte, el Registro Telefónico que contiene los mensajes de texto y las conversaciones telefónicas intercambiadas entre los gerentes generales de las requeridas (contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2073 del cuaderno principal), da cuenta que durante el período que se extiende desde la apertura de la Licitación Cenabast –31 de agosto de 2012– hasta la expiración del plazo para presentar ofertas –21 de septiembre de 2012–, se contactaron en 23 oportunidades, según se indica en el Cuadro N° 13. Más aun, tales contactos entre Christian Quiroga y Mariano Ojeda tuvieron lugar hasta el 14 de septiembre de 2012, fecha límite

en que Baxter tomó la decisión de no participar de la licitación en cuestión, tal como se explicará en el considerando centésimo septuagésimo cuarto;

CUADRO N° 13

REGISTRO DE COMUNICACIONES ENTRE CHRISTIAN QUIROGA Y MARIANO OJEDA

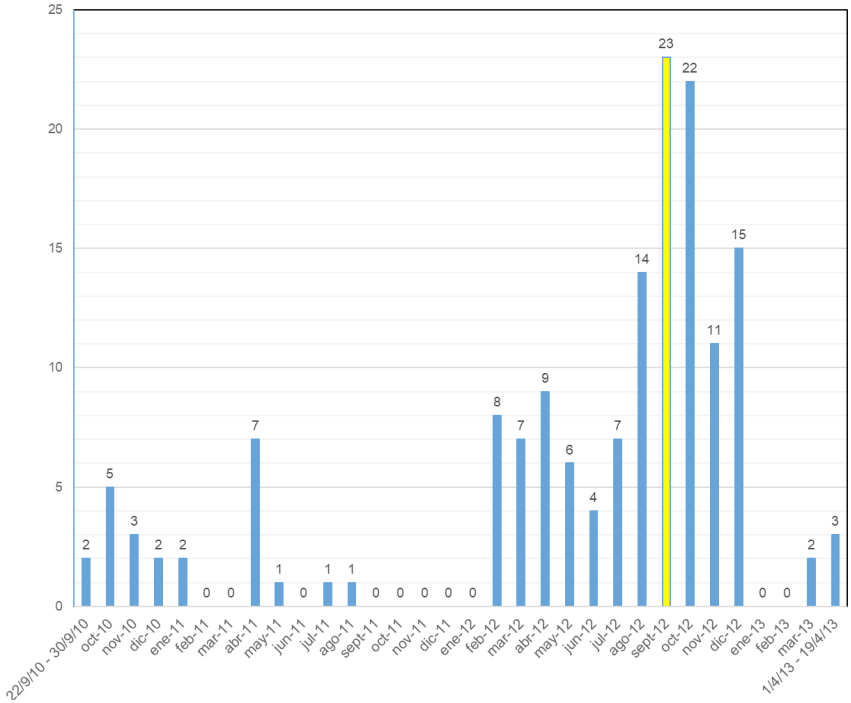
Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad
22-09-2010	1	25-04-2011	1	24-05-2012	2	01-10-2012	3
29-09-2010	1	26-04-2011	2	20-06-2012	4	02-10-2012	3
05-10-2010	1	02-05-2011	1	19-07-2012	7	08-10-2012	4
25-10-2010	1	13-07-2011	1	16-08-2012	1	11-10-2012	3
26-10-2010	2	08-08-2011	1	20-08-2012	3	29-10-2012	1
28-10-2010	1	02-02-2012	6	22-08-2012	1	30-10-2012	1
12-11-2010	2	05-02-2012	2	23-08-2012	1	31-10-2012	7
29-11-2010	1	30-03-2012	7	27-08-2012	8	06-11-2012	10
10-12-2010	2	03-04-2012	1	03-09-2012	7	22-11-2012	1
18-01-2011	2	10-04-2012	3	04-09-2012	3	11-12-2012	2
05-04-2011	1	11-04-2012	2	07-09-2012	2	13-12-2012	13
18-04-2011	1	26-04-2012	2	11-09-2012	2	27-03-2013	2
19-04-2011	1	27-04-2012	1	12-09-2012	4	10-04-2013	1
20-04-2011	1	03-05-2012	3	13-09-2012	3	15-04-2013	1
		10-05-2012	1	14-09-2012	2	19-04-2013	1

Fuente: Registro Telefónico, foja 2073 del cuaderno principal.

Centésimo sexagésimo cuarto: Que, además, el gráfico que se inserta a continuación muestra que existió un tráfico alto de llamadas y mensajes de texto entre Quiroga y Ojeda en el mes de septiembre, en relación con el promedio de contactos en otros meses del 2012. Si bien se puede observar que existieron numerosos contactos durante el mes de octubre, ello se puede explicar, al menos en parte, por la adquisición de la empresa Baxa Corporation por parte de Baxter International Inc., tal como se analiza en los considerandos nonagésimo séptimo y nonagésimo octavo. En efecto, consta en el expediente que Christian Quiroga señala que iniciaría acercamientos con Fresenius Kabi para efectos del traspaso de las operaciones de Baxa, en octubre del año 2012;

GRÁFICO N° 2

FRECUENCIA DE COMUNICACIONES ENTRE CHRISTIAN QUIROGA Y MARIANO OJEDA



Fuente: Registro Telefónico, foja 2073 del cuaderno principal.

Centésimo sexagésimo quinto: Que, al igual que en la Licitación Hospital, las explicaciones alternativas propuestas por las requeridas en su defensa relativas al tráfico de llamadas descrito en los considerandos anteriores se refieren a las relaciones B2B, la compra de Baxa o la participación conjunta de las requeridas en Asilfa;

Centésimo sexagésimo sexto: Que dichas explicaciones alternativas se descartan por los motivos expresados en los considerandos nonagésimo tercero y siguientes, a propósito del análisis de la prueba de la Licitación Hospital. En síntesis, el tráfico de llamadas en septiembre no puede explicarse por la adquisición de la empresa Baxa por parte de Baxter International Inc., toda vez que su implementación habría comenzado recién en octubre del año 2012. Tampoco puede explicarse por B2B por cuanto no existe prueba que demuestre que a la fecha de la Licitación Cenabast, los gerentes generales de las requeridas parti-

ciparon en alguna negociación B2B. Finalmente, la activa participación del Sr. Quiroga y del Sr. Ojeda en la asociación gremial Asilfa no constituye, por sí misma, justificación suficiente para la existencia de numerosas llamadas y mensajes de texto intercambiados entre ellos durante el período de preparación de ofertas para licitaciones de productos en los que ambas compañías compiten;

Centésimo sexagésimo séptimo: Que, en consecuencia, desvirtuadas las explicaciones alternativas de las requeridas acerca de las comunicaciones entre sus gerentes generales, esta prueba constituye otro indicio respecto de la existencia de la colusión imputada, toda vez que no existe una razón plausible que explique por qué los gerentes generales de dos empresas que son competidoras mantengan un contacto fluido y recurrente durante el período en que están preparando sus posturas frente a una licitación pública;

Explicaciones alternativas de las requeridas acerca de su actuación en la Licitación Cenabast

Centésimo sexagésimo octavo: Que poco tiempo después de las conversaciones sostenidas entre los gerentes generales de las requeridas, Baxter cambió su decisión respecto a si presentar una oferta en la Licitación Cenabast y Sanderson modificó el precio unitario que pretendía ofrecer por dicha licitación. En ese contexto, es necesario dilucidar si existe alguna relación entre dichos cambios con las conversaciones sostenidas entre los gerentes generales de las requeridas antes mencionadas;

Centésimo sexagésimo noveno: Que, entonces, se indagará si la explicación que entrega Baxter para justificar su decisión de no presentar una oferta en la Licitación de Cenabast es verosímil y responde a una razón plausible distinta al acuerdo colusivo imputado en autos. Al efecto, Baxter invocó dos explicaciones: (i) que no cumplía con el período de eficacia mínimo del producto exigido en las bases de la Licitación Cenabast, de 12 meses contados desde la entrega; y (ii) que no contaba con toda la información legal requerida en el Capítulo V.3.5. (b) de las bases de dicha licitación, consistente en un certificado GMP por su nombre en inglés *good manufacturing practice*, que constituía un requisito de admisibilidad técnica de la oferta (fojas 155 y siguientes del cuaderno principal);

Centésimo septuagésimo: Que, respecto al período de eficacia del suero flexible requerido en las bases de licitación, a continuación, se indican los hechos relativos a la requerida Baxter que no fueron controvertidos en autos, que ocurrieron durante el período que media entre la publicación del llamado a la Licitación Cenabast y la presentación de ofertas por parte de los interesados:

1. El 10 de septiembre de 2012 la Sra. Valenzuela, ejecutiva de Baxter, envió un correo electrónico a Eduardo Salvatierra de Socofar, informándole de la apertura de ésta y otras licitaciones, adjuntando a dicho correo una planilla Excel que contenía los productos que se estaban licitando, las cantidades requeridas, entre otros, además de una propuesta de precios a ofertar por cada uno de ellos (documentos "25. LICITACIONES CENABAST [v2]" y "26. LICITACIONES CENABAST", cuyas versiones públicas rolan a fojas 23 del cuaderno de documentos de alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter). En específico, para el producto afectado por lo que se ha denominado Licitación Cenabast, la planilla antes mencionada contenía un precio unitario de $264 (Precio a Cenabast), como se puede observar en la imagen que se inserta a continuación;

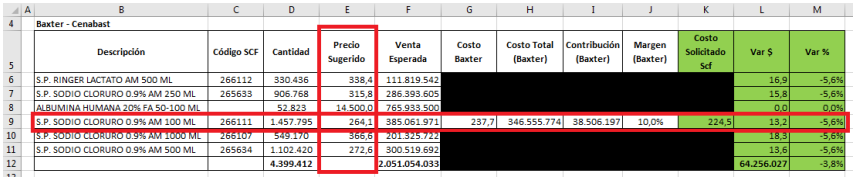
EXTRACTO PLANILLA "26. LICITACIONES CENABAST"

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N
1														
2										6% mas		12%		10%
3	N° ID	Fecha cierre	Cod.Baxter	Descriptor	cant	Factor de empaque	cajas	montos vta	PRECIO a Gmo Grant	PRECIO a CENABAST		PRECIO A SOCOFAR para GG		PRECIO a SOCOFAR para CENABAST
4	621-160-LP12	21-sep	ARB1324	SF 1000 ML	549.170	20	27.459	$ 201.325.722	$ 390	$ 367				
5	621-164-LP12	21-sep	ARB1323	SF 500 ML	330.436	40	8.261	$ 90.076.854	$ 290	$ 273				
6	621-168-LP12	24-sep	ARB1322	SF 250 ML	906.768	56	16.192	$ 286.393.605	$ 336	$ 316				
8	621-139-LP12	24-sep	ARB2323	RINGER LACT 500	1.102.420	40	27.561	$ 373.058.928	$ 360	$ 338				
9	621-163-LP12	21-sep	ARB1302	SF 100 ML	1.457.795	100	14.578	$ 385.061.971	$ 281	$ 264		$ 247		$ 238
10					SUEROS		94.050	$ 1.335.917.080						
11	621-157-LP12	28-sep	AR2G0200	ALBUMINA FLEX	52.823			$ 792.345.000		$ 15.000				
12														
13					TOTAL			$ 2.128.262.080						

2. El 12 de septiembre de 2012, Benjamín Kalm, de Socofar, contestó el correo a la Sra. Valenzuela, adjuntando una nueva planilla Excel en la que incorporó una columna con la información de los precios de transferencia entre Baxter y Socofar para los productos licitados, sin aludir a los precios de presentación incorporados por Baxter (correo electrónico "RE_Propuesta de precios GG_12_9_2012.xlsx", correspondiente al documento contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 14 del cuaderno de versiones públicas de la FNE, ruta dentro del soporte: "45"), según se ilustra a continuación.

EXTRACTO PLANILLA

"PROPUESTA DE PRECIOS GG _ 12 _ 9 _ 2012"



Baxter - Cenabast											
Descripción	Código SCF	Cantidad	Precio Sugerido	Venta Esperada	Costo Baxter	Costo Total (Baxter)	Contribución (Baxter)	Margen (Baxter)	Costo Solicitado Scf	Var $	Var %
S.P. RINGER LACTATO AM 500 ML	266112	330.436	338,4	111.819.542						16,9	-5,6%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 250 ML	265633	906.768	315,8	286.393.605						15,8	-5,6%
ALBUMINA HUMANA 20% FA 50-100 ML		52.823	14.500,0	765.933.500						0,0	0,0%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 100 ML	266111	1.457.795	264,1	385.061.971	237,7	346.555.774	38.506.197	10,0%	224,5	13,2	-5,6%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 1000 ML	266107	549.170	366,6	201.325.722						18,3	-5,6%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 500 ML	265634	1.102.420	272,6	300.519.692						13,6	-5,6%
		4.399.412		2.051.054.033						64.256.027	-3,8%

3. Entre las 20:39 horas del día 12 de septiembre y las 8:43 horas del día 13 de septiembre, ambos de 2012, los gerentes generales de las requeridas intercambiaron siete mensajes de texto, conforme se detalla en el Registro Telefónico que se copia a continuación:

Fecha	Hora	Tipo servicio	Secuencia
12-09-2012	20:39:08	Mensaje	(Christian Quiroga/Baxter)-(Mariano Ojeda/ Sanderson)
12-09-2012	20:42:58	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/ Baxter)
12-09-2012	20:43:10	Mensaje	(Christian Quiroga/Baxter)-(Mariano Ojeda/ Sanderson)
12-09-2012	20:43:34	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/ Baxter)
13-09-2012	08:34:35	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/ Baxter)
13-09-2012	08:34:55	Mensaje	(Christian Quiroga/Baxter)-(Mariano Ojeda/ Sanderson)
13-09-2012	08:43:29	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/ Baxter)

Fuente: Escrito observaciones a la prueba de la FNE (a fojas 2941 del cuaderno principal). Elaborado en base al registro telefónico "base_consolidada.dta", contenido dentro del dispositivo electrónico que rola a fojas 2073 .

4. El 13 de septiembre de 2012 se realizó una reunión interna de Baxter a la que asistieron, al menos, su gerente general, el Sr. Quiroga, la Sra. Valenzuela y el Sr. Sarmiento. Dicha reunión habría tenido lugar a las 11:00 am y el objetivo fue, al menos, discutir los precios a ofrecer en las licitaciones de Cenabast y los precios de transferencia entre Baxter y Socofar generados en virtud de dichas licitaciones. Lo anterior se puede corroborar conforme a lo señalado por la Sra. Valenzuela al Sr. Salvatierra de Socofar en la conversación telefónica sostenida ese mismo día, según consta en la intercep-

tación telefónica cuya transcripción rola a fojas 1219, así como del correo electrónico acompañado por Baxter a fojas 2491 del cuaderno principal (documento "33" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast").

5. El mismo día 13 de septiembre, Baxter envió a Socofar un correo electrónico con el asunto "Cenabast" en el que adjuntaba la misma planilla Excel que se habían intercambiado el día anterior, con algunos precios corregidos. En la fila correspondiente a la Licitación Cenabast, donde antes figuraba un precio $264, se indicaba "NO NOS PRESENTAREMOS" (documento "29.Libro2" cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 23 del cuaderno de documentos de alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter). Con posterioridad a este correo, no se consideró más la Licitación Cenabast entre los intercambios de comunicaciones sostenidos entre Baxter y Socofar (V.gr. documentos "30. Precios GG y Cenabast12.xlsx" y "30. Precios GG y Cenabast'12.xlsx [v2]" contenidos en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 1 del cuaderno de versiones públicas de Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda.").

Baxter - Cenabast

Descripción	Código SCF	Cantidad		Precio Sugerido	Venta Esperada	Costo Baxter	Costo Total (Baxter)	Contribución (Baxter)	Margen (Baxter)	Costo Solicitado Scf	Var $	Var %
S.P. RINGER LACTATO AM 500 ML	266112	330.436	315	338,4	111.819.542						16,9	-5,6%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 250 ML	265633	906.768		315,8	286.393.605						15,8	-5,6%
ALBUMINA HUMANA 20% FA 50-100 ML		52.823		14.500,0	765.933.500						0,0	0,0%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 100 ML	266111	1.457.795		264,1	385.061.971	237,7	346.555.774	38.506.197	10,0%	224,5	13,2	-5,6%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 1000 ML	266107	549.170	370	366,6	201.325.722						18,3	-5,6%
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 500 ML	265634	1.102.420	315	272,6	300.519.692						13,6	-5,6%
		4.399.412			**2.051.054.033**						**64.256.027**	-3,8%

Descripción	Código SCF	Cantidad		PRECIO A LICITAR	PRECIO BAXTER A SOCOFAR	
S.P. RINGER LACTATO AM 500 ML	266112	330.436		$ 335		
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 250 ML	265633	906.768		$ 290		
ALBUMINA HUMANA 20% FA 50-100 ML		52.823				PEND
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 100 ML	266111	1.457.795				NO NOS PRESENTAREMOS
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 1000 ML	266107	549.170		$ 365		
S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 500 ML	265634	1.102.420		$ 269		
GLUCOSA 5% 1000 ML		146.680		$ 420		
	TOTAL	**3.035.474**				

6. Luego, según consta en el Registro Telefónico, el 14 de septiembre de 2012, los gerentes generales de las requeridas mantuvieron dos conversaciones telefónicas: la primera a las 9:29 am con una duración de 41 segundos y la segunda a las 12:13 pm con una duración de 209 segundos.

Centésimo septuagésimo primero: Que, en particular, respecto al cambio de decisión de Baxter, esta requerida arguye en su contestación que una de las razones por la cual no presentó una oferta para la Licitación Cenabast se debió a la imposibilidad de este laboratorio de competir en dicha licitación, toda vez que el producto con que ellos contaban no cumplía con el período de eficacia o duración exigido en la sección V "De la Admisibilidad de las Ofertas" en el punto 3.4 de las bases de la Licitación Cenabast (foja 830 del cuaderno principal). Añade que lo anterior no constituía un hecho aislado para Baxter, sino que era consistente con lo ocurrido a partir de 2009. En efecto, expone que desde esa fecha no habría participado en procesos convocados por Cenabast para abastecerse de suero fisiológico en envase flexible de 100 ml;

Centésimo septuagésimo segundo: Que, en específico, Baxter argumenta que el producto suero fisiológico de 100 ml con el que contaban, lo importaban desde Colombia bajo el código ARB1302, el cual tenía una fecha de expiración de doce meses contados desde su fecha de fabricación, en circunstancias que Cenabast requería un producto cuyo período de eficacia fuera mayor o igual a doce meses contados desde la entrega de los productos. Es más, argumenta que los antecedentes dan cuenta de que, si no se cumplía con la exigencia relativa a la expiración del suero, se imponían multas equivalentes al 1% del valor neto total de los bienes entregados con menor período de eficacia por cada mes menor de aquel adjudicado (sección XIII "De las Sanciones" punto 2.3. b) de las bases de la Licitación Cenabast, fojas 850 del cuaderno principal);

Centésimo septuagésimo tercero: Que, en contraste, la FNE señala en su escrito de observaciones a la prueba que Baxter, al momento del cierre del período de la presentación de ofertas, sí contaba con el producto licitado con veinticuatro meses de eficacia. Afirma, al respecto, que al 21 de septiembre de 2012 Baxter tenía disponibilidad del producto importado desde la planta en México bajo el código VBB1307C, el que cumplía con los requisitos técnicos exigidos por

Cenabast. Funda lo anterior en el hecho que, a mediados del año 2012, Baxter habría iniciado un proceso de cambio de proveedor desde la planta de Colombia hacia la planta situada en México, razón por la cual, a la fecha del cierre de presentación de las ofertas, esta requerida contaba con un producto que cumplía con las exigencias contenidas en las bases de la Licitación Cenabast relativos a la expiración del suero fisiológico flexible;

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, en este contexto, se debe verificar la verosimilitud de la explicación alternativa entregada por Baxter sobre las razones que motivaron su decisión de no participar en la Licitación Cenabast. Para estos efectos, es preciso relevar que: (i) tal como se expuso en el considerando centésimo septuagésimo precedente, consta en el expediente que Baxter comunicó a Socofar que no se presentaría a la Licitación Cenabast el 13 de septiembre de 2012; (ii) en todo caso, Baxter plantea, a fojas 3198, que la decisión de participar de la dicha licitación se habría tomado al interior de dicha empresa a más tardar el día viernes 14 de septiembre, atendido que los días 17, 18 y 19 de septiembre fueron feriados y que Nicole Valenzuela estuvo de vacaciones los días 20 y 21. Esto último lo demuestra el correo electrónico "RE: Consulta precio" (correspondiente al documento "34" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast");

Centésimo septuagésimo quinto: Que, de este modo, se examinará si entre la apertura de la Licitación Cenabast, esto es, el 31 de agosto de 2012, y el 14 de septiembre de 2012, el equipo de Baxter encargado de las licitaciones sabía si podía contar con el producto suero fisiológico 100 ml que tuviese la *expira* exigida por Cenabast, en la cantidad requerida por dicha autoridad;

Centésimo septuagésimo sexto: Que consta en autos que, desde mediados del año 2011, Baxter Chile comenzó un proceso paulatino de cambio en su abastecimiento para los productos intravenosos o IV desde la planta ubicada en Colombia hacia la planta de México, situación además que no fue controvertida en autos. De conformidad con dicho cambio, durante el segundo semestre del año 2012 e inicios del año 2013, Baxter importó lotes de suero fisiológico 100 ml, tanto de México como de Colombia, como se puede observar en el cuadro que se copia a continuación;

CUADRO N° 14
LOTES DE SUERO FISIOLÓGICO 100 ML,
PRODUCIDOS POR BAXTER ENTRE JULIO 2012 Y FEBRERO 2013

Código Producto	País de origen	Número de lote	Fecha de manufactura	Fecha de Expira	Periodo de eficacia	Cantidad
VBB1307C	México	V12G31C1	31-07-2012	31-07-2014	24 meses	18.072
VBB1307C	México	V12H01C	AGO 12	AGO 14	24 meses	78.480
VBB1307C	México	V12H03D	AGO 12	AGO 14	24 meses	78.192
VBB1307C	México	V12H05D2	AGO 12	AGO 14	24 meses	54.648
VBB1307C	México	V12H20C	AGO 12	AGO 14	24 meses	53.280
VBB1307C	México	V12H25C	AGO 12	AGO 14	24 meses	54.288
VBB1307C	México	V12H25D	AGO 12	AGO 14	24 meses	78.768
VBB1307C	México	V12H26H1	AGO 12	AGO 14	24 meses	36.144
ARB1302	Colombia	SX12IG4	SEP/2012	SEP/2013	12 meses	S/I
ARB1302	Colombia	SX12IH6	SEP/2012	SEP/2013	12 meses	S/I
ARB1302	Colombia	SX12IH7	SEP/2012	SEP/2013	12 meses	S/I
VBB1307C	México	V12I05E	SEP 12	SEP 14	24 meses	53.208
VBB1307C	México	V12I14A2	SEP 12	SEP 14	24 meses	42.336
VBB1307C	México	V12I14B	14-09-2012	14-09-2014	24 meses	54.216
VBB1307C	México	V12J16J	16-10-2012	16-10-2014	24 meses	78.408
VBB1307C	México	V12L08D	DIC 12	DIC 14	24 meses	53.856
VBB1307C	México	V12L08F	DIC 12	DIC 14	24 meses	22.608
VBB1307C	México	V12L10K	DIC 12	DIC 14	24 meses	53.856
VBB1307C	México	V12L11C	DIC 12	DIC 14	24 meses	54.288
VBB1307C	México	V12L18D	DIC 12	DIC 14	24 meses	54.072
VBB1307C	México	V13A16B2	ENE 13	ENE 15	24 meses	35.712
VBB1307C	México	V13A17D	ENE 13	ENE 15	24 meses	54.288
VBB1307C	México	V13A23N1	ENE 13	ENE 15	24 meses	24.120
VBB1307C	México	V13B01D	FEB 13	FEB 15	24 meses	54.216
VBB1307C	México	V13B02F	FEB 13	FEB 15	24 meses	54.216

Fuente: Escrito observaciones a la prueba de la FNE (foja 2999 del cuaderno principal).

Centésimo septuagésimo séptimo: Que, con todo, a continuación, se muestra que al interior de Baxter existió cierto grado de confusión y discusión en torno a la disponibilidad de suero fisiológico flexible, desde la apertura de la Licitación Cenabast hasta el 12 de septiembre de 2012;

Centésimo septuagésimo octavo: Que consta en autos que el 3 de septiembre de 2012, Luis Alberto Higuera, de Baxter, envió un correo electrónico a la Sra. Valenzuela, con copia a Christian Quiroga y a otros colaboradores de dicha requerida, informando acerca de la apertura de la Licitación Cenabast. Con esa misma fecha la Sra. Valenzuela contesta el correo antes mencionado indicando "*Luis, Recuerda que acá no ofertamos por expira de nuestro producto (menor a 12 meses)*". Luego, el Sr. Quiroga respondió ese correo, cuestionando lo señalado por la Sra. Valenzuela. Al efecto, preguntó: "*Trayendo desde México también tenemos expira de 12 meses??*" (documento "3", contenido en el dispositivo de

almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast");

Centésimo septuagésimo noveno: Que también consta en autos que el 7 de septiembre de 2012, Juan Duque, ejecutivo de Baxter Internacional, envió un correo electrónico informando que el cambio de abastecimiento para Chile hacia la planta de México no debía ser considerado para los abastecimientos del año 2013 (documento "31", contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\11 Sourcing");

Centésimo octogésimo: Que, luego, el 12 de septiembre de 2012, Luis Felipe Díaz, de Baxter, envía un correo (contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364\b. NUE 1922622") en que se copia a la Sra. Valenzuela, adjuntando una carta dirigida a los clientes de Baxter en que se informa que el suero fisiológico se importaría desde la planta de Baxter situada en México. En respuesta a dicho correo, la Sra. Valenzuela señala "(…) *aun no se define tema de México según lo que nos informó CQuiroga a Francisco y a mí* (…)". En ese contexto, enseguida el Sr. Díaz envía otro correo dirigido al Sr. Quiroga, solicitando su retroalimentación al respecto. En respuesta, Christian Quiroga envió un correo el 13 de septiembre, dirigido al Sr. Díaz y con copia a Nicole Valenzuela y Francisco Sarmiento, entregando el visto bueno para el envío de la carta a los clientes, informando del cambio de abastecimiento desde la planta en Colombia a la planta situada en México. En concreto, el Sr. Quiroga señaló: *"Avancen con la notificación a clientes. Ya han llegado los dos primeros embarques y estaremos entregando desde Octubre/Noviembre* (…)". Esto revela que, al 13 de septiembre de 2012, Baxter preveía contar con disponibilidad de suero fisiológico flexible desde México para el abastecimiento de sus clientes*;*

Centésimo octogésimo primero: Que, en consecuencia, si bien el 12 de septiembre de 2012 Nicole Valenzuela señala que Christian Quiroga les había informado que aún no se definía el cambio de abastecimiento a México, es el mismo Sr. Quiroga quien al día siguiente da la orden de distribuir la carta a los clientes donde se confirma el cambio del lugar de origen del suero fisiológico flexible.

Lo anterior, junto al hecho de que Baxter no aportó elemento de prueba alguno relativo al abastecimiento o importación del suero fisiológico flexible posterior al correo enviado por el Sr. Quiroga el 13 de septiembre y hasta la fecha en que según la misma requerida habría tomado la decisión de no participar de la Licitación Cenabast, vale decir, el 14 de septiembre de 2012, tal como se expuso en el considerando centésimo septuagésimo cuarto, conducen a concluir que las dudas en torno a contar con el producto de suero flexible con la fecha de vigencia exigida por las bases de la Licitación Cenabast no fueron tales en las fechas relevantes;

Centésimo octogésimo segundo: Que, por consiguiente, las razones que esgrime Baxter relativas a la no disponibilidad de suero con la *expira* suficiente, según exigían las bases de la Licitación Cenabast, no son suficientes para explicar su decisión de no presentarse a dicha licitación. Ello es sin perjuicio de que, en definitiva, después de que Baxter decidió no participar en la licitación, el cambio de origen del suero fisiológico de 100 ml desde México se vio frustrado en los hechos, tal como dan cuenta los correos de 18 de septiembre de 2012 (foja 2484 vuelta) y otra evidencia aportada al proceso cuya fecha es posterior (V.gr. documento "Forma de control de cambio a producto/proceso" a fojas 2204 y siguientes);

Centésimo octogésimo tercero: Que, en consecuencia, se desacredita la explicación alternativa planteada por Baxter referida a la no disponibilidad del producto con la expira exigida en las bases de la Licitación;

Centésimo octogésimo cuarto: Que, en lo que dice relación con la segunda explicación alternativa proporcionada por Baxter, consistente en que no habría participado de la Licitación Cenabast porque no contó con toda la documentación legal exigida por las bases de dicha licitación, esta requerida indica que las bases *"exigían acompañar a la oferta el certificado GMP legalizado (…), lo que constituía un requisito de Admisibilidad Técnica de la Oferta"* (foja 159 del cuaderno principal). Lo expuesto por Baxter se detalla en el Capítulo III punto 4.1. de las mismas bases de licitación (fojas 823 y 824 del cuaderno principal);

Centésimo octogésimo quinto: Que respecto al punto III.4.1.c. de las bases de

licitación, referido al certificado de buenas prácticas de manufactura (GMP por sus siglas en inglés), Baxter señala que se exigía completar la legalización de este documento emitido en el extranjero y que ello requería un tiempo relevante. Añade que sólo contó con él 45 días después de la fecha de cierre de la fase de presentación de ofertas de la Licitación Cenabast. Expresa al efecto que el "*documento sólo fue emitido por la autoridad sanitaria de Colombia con fecha 03 de septiembre de 2012 y legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de dicho país, el 25 de septiembre del mismo año, con intervención del cónsul chileno en Bogotá el 27 de Septiembre del 2012, y con certificación de legalización finalizada en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Chile recién el día 5 de Noviembre del 2012*" (foja 160 del cuaderno principal);

Centésimo octogésimo sexto: Que, la FNE refuta lo señalado por Baxter argumentando que solo los documentos señalados en los puntos III.4.1.a. –ficha técnica– y III.4.1.b. –documentos emitidos por el ISP que respalden las especificaciones del producto– de las bases de licitación se trataban de requisitos de admisibilidad de la oferta, mientras que los señalados en los puntos III.4.1.c. –copia del certificado GMP– y III.4.1.d. –certificado de bioequivalencia– se consideraban recién en la etapa de evaluación de la oferta;

Centésimo octogésimo séptimo: Que, en particular, respecto del certificado GMP, la FNE indica que este no constituye un requisito de admisibilidad de la Licitación Cenabast, sino que un elemento más en el polinomio de evaluación de las ofertas (foja 3018). Dicha afirmación es posible corroborarla en el capítulo VI.2. de las bases de dicha licitación, donde se señala que el proveedor que acompañe un documento que acreditara el cumplimiento de GMP se le otorgarían 10 puntos en su evaluación, como se observa en el extracto a continuación;

EXTRACTO DE LAS BASES DE LICITACIÓN (FOJAS 834 Y 835 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

2. **Criterios de Evaluación para los Productos Farmacéuticos.** Las ofertas se evaluarán y se les asignará hasta 100 puntos, de conformidad con los siguientes criterios:

Criterio	Puntaje máximo	Medio de cálculo	
Precio	70 puntos	$70 \times (\mathrm{Pr}\,ecioMinimo / \mathrm{Pr}\,ecioofertado)$ Nota: Precio Mínimo: es el menor precio ofertado en el proceso de compra Precio Ofertado: precio del oferente	
Acredita cumplimiento GMP	10 Puntos	Acredita: 10 ptos.	Adjunta documentos que acrediten cumplimiento GMP, de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo III punto 4.1. letra c., de estas Bases
		No acredita: 0 puntos	

Centésimo octogésimo octavo: Que, asimismo, en la Resolución Exenta N° 432 que adjudicó la Licitación Cenabast, se observa que tanto Sanderson como B. Braun no acreditaron el cumplimiento de GMP, obteniendo cero puntos en la evaluación de sus ofertas, como muestra el extracto que se copia a continuación. Lo anterior no fue motivo para no admitir sus ofertas ni para declarar desierta la Licitación Cenabast. Ello permite concluir que el certificado de GMP no constituía un requisito de admisibilidad de la oferta, como alega Baxter;

EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 432 (FOJA 878 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

Proveedor	Precio	Puntaje Precio (70 ptos.)	Antecedentes Económicos				
			Completitud de Oferta (7 ptos)	Ajuste Unidad de Despacho (2 ptos)	Integración de Personal discapacitado (2 ptos)	Factura Electrónica (1 pto)	Total Antec. Econ.
B.BRAUN MEDICAL SPA	275,00	70,00	7,00	2,00	0,00	1,00	80,00
LABORATORIO SANDERSON S.A.	290,00	66,38	7,00	0,00	0,00	1,00	74,38

Antecedentes Técnicos			Deducciones					TOTAL FINAL EVALUACION
Acredita cumpl. GMP (10 ptos)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (8 ptos)	Total Antec. Técnicos	4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado vol.	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato total o parcial por incumpl.	4.6 Reparos	Total Deducciones	
0,00	0,00	0,00	6,00	0,00	0,00	0,00	6,00	74,00
0,00	0,00	0,00	6,00	20,00	0,00	0,00	26,00	48,38

Centésimo octogésimo noveno: Que, además de estar acreditado que la presentación del certificado GMP no constituía un requisito de admisibilidad de la oferta en la Licitación Cenabast, la FNE señala que Baxter tenía los certificados de GMP mencionados y que, de hecho, Socofar los acompañó en otros procesos licitatorios convocados por Cenabast el 2012. Más aun, indica que las licitaciones ID 621-160-LP12 y 621-164-LP12, para la adquisición de cloruro de sodio solución inyectable 0,9% en envases de 1000 ml y 500 ml, cerraron su etapa de recepción de ofertas el 21 de septiembre, mismo día que cerró la Licitación Cenabast. Al examinar el acta de adjudicación de dichas licitaciones (Resoluciones Exentas N° 458 y N° 130, a fojas 882 a 887 del cuaderno principal), se observa que Socofar acompañó el certificado GMP y obtuvo los 10 puntos correspondientes a ese ítem en la evaluación;

EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 458 (FOJA 883 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

Proveedor	Precio	Puntaje Precio 70 x (Precio Mínimo/Precio ofertado	Antecedentes Economicos				
			Completitud de Oferta (7 puntos)	Ajuste Unidad de Despacho (2 puntos)	Integración de Personal discapacitado (2 puntos)	Factura Electronica (1 punto)	Total Antcedentes Economicos
SOCOFAR S.A.	$ 370	70,00	7	2	2	1	82,00
B. BRAUN MEDICAL SpA	$ 390	66,41	7	0	0	1	74,41
LABORATORIO SANDERSON S.A.	$ 550	47,09	7	0	0	1	55,09

Antecedentes Técnicos			TOTAL PRELIMINAR EVALUACION
Acredita cumplimiento GMP (10 puntos)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (8 puntos)	Total Antecedentes Técnicos	
10	0	10	92,00
0	0	0	74,41
0	0	0	55,09

Deducciones					TOTAL FINAL EVALUACION
4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado voluntariamente.	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato total o parcial por incumplimiento.	4.6 Reparos	Total Deducciones	
0	0	0	0	0,00	**92,00**
6	0	0	0	6,00	**68,41**
6	20	0	0	26,00	**29,09**

EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 130 (FOJAS 885 Y 886 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

Proveedor	Precio	Puntaje Precio (70 puntos)	Antecedentes Económicos				
			Completitud de Oferta (7 puntos)	Ajuste Unidad de Despacho (2 puntos)	Integración de Personal discapacitado (2 puntos)	Factura Electrónica (1 punto)	Total Anetcedentes Económicos
Socofar División Munnich	280.00	67.50	7.00	2.00	2.00	1.00	79,50
B.BRAUN MEDICAL SpA	270,00	70,00	7,00	0,00	0,00	1,00	78,00
LABORATORIO SANDERSON S.A.	350,00	54,00	7,00	0,00	0,00	1,00	62,00

Antecedentes Técnicos			TOTAL PRELIMINAR EVALUACION
Acredita cumplimiento GMP (10 puntos)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (8 puntos)	Total Antecedentes Técnicos	
10,00	0,00	10,00	89,50
0,00	0,00	0,00	78,00
0,00	0,00	0,00	62,00

Deducciones					TOTAL FINAL EVALUACION
4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado voluntariamente.	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato total o parcial por incumplimiento.	4.6 Reparos	Total Deducciones	
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	89,50
6,00	0,00	0,00	0,00	6,00	72,00
6,00	20,00	0,00	0,00	26,00	36,00

Centésimo nonagésimo: Que, por último, los documentos acompañados por la misma requerida Baxter (correos electrónicos "RV: GMP plantas de Colombia y de México" y "RE: GMP plantas de Colombia y de México", correspondientes a los documentos 14 y 16, respectivamente, contenidos en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast") contradicen lo expuesto en su contestación. Así, el correo "RV: GMP plantas de Colombia y de México", da cuenta que el día 20 de septiembre de 2012 el ejecutivo de Baxter, Luis Higuera, envió a Socofar los certificados GMP de las plantas de fabricación de Baxter de Colombia y México, emitidos por el ISP;

Centésimo nonagésimo primero: Que, debe subrayarse que, con posterioridad a ese correo electrónico, Triny Méndez, ejecutiva de Socofar, plantea que, según las bases de licitación, los certificados GMP de productos no fabricados en Chile deber ser legalizados en el consulado chileno y luego en el ministerio de

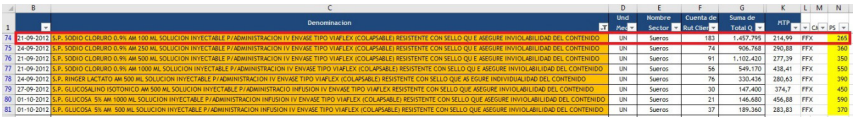
relaciones exteriores, a lo que Luis Higuera le responde que una opción válida es presentar el certificado GMP certificado por el ISP, trámite que Baxter había concluido. En particular, el Sr. Higuera señala que: "*habitualmente los certificados GMP que entregamos son emitidos por los ministerios de cada país donde la planta de fabricación se encuentra, por lo que para que éstos certificados tengan la validez necesaria en nuestro país deben "consularizarse" y validarlos en el Ministerio de RREE. No obstante, otra opción es que directamente el ISP certifique el cumplimiento de las GMP, emitiendo ellos un certificado GMP que es obviamente valido en Chile sin la necesidad de un trámite de legalización. Para el caso de nuestras plantas de Colombia y México, nosotros solicitamos el trámite de certificación GMP directamente con el ISP*" (contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast");

Centésimo nonagésimo segundo: Que, como se puede apreciar, el análisis expuesto da cuenta inequívocamente de que el certificado GMP no constituía un requisito de admisibilidad de las ofertas en la Licitación Cenabast y no fue un impedimento para que Baxter presentara su oferta en tal Licitación, desacreditándose así la segunda explicación alternativa entregada por esta requerida relativa a su decisión de no participar en dicho proceso;

Centésimo nonagésimo tercero: Que, esclarecido lo anterior, se apreciará la prueba relativa a la actuación de Sanderson en el marco de la Licitación Cenabast. Al respecto, durante el período que media entre la publicación del llamado a la Licitación Cenabast y la presentación de ofertas por parte de los proponentes interesados, constan en el expediente los siguientes hechos no controvertidos relativos a la requerida Sanderson:

1. A las 19:47 horas del 12 de septiembre de 2012, Sanderson consideraba como precio unitario a ofertar para la Licitación Cenabast el de $265, conforme al documento "133. Analisis fc3" (contenido en disco compacto que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "5. Disco duro C 312-2016/b. NUE 1915468") cuyo extracto relevante se reproduce a continuación. Mariano Ojeda modificó esta planilla por última vez, según dan cuenta las propiedades de la misma.

EXTRACTO PLANILLA "133. ANALISIS FC3"



	B	C	D	E	F	G	K	L	M	N
1		Denominacion	Und Med	Nombre Sector	Cuenta de Rut Clien	Suma de Total Q	PTF			
74	21-09-2012	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 100 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION IV ENVASE TIPO VIAFLEX (COLAPSABLE) RESISTENTE CON SELLO QU E ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	183	1,457.795	214,99	FFX		265
75	24-09-2012	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 250 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION IV ENVASE TIPO VIAFLEX (COLAPSABLE) RESISTENTE CON SELLO QU E ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	74	906.768	290,88	FFX		360
76	21-09-2012	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 500 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION IV ENVASE TIPO VIAFLEX (COLAPSABLE) RESISTENTE CON SELLO QU E ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	91	1,102.420	277,39	FFX		360
77	21-09-2012	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 1000 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION IV ENVASE TIPO VIAFLEX (COLAPSABLE) RESISTENTE CON SELLO QU E ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	56	549.170	438,41	FFX		550
78	24-09-2012	S.P. RINGER LACTATO AM 500 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION IV ENVASE TIPO VIAFLEX (COLAPSABLE) RESISTENTE CON SELLO QUE AS EGURE INDIVIDUALIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	76	330.436	280,63	FFX		390
79	27-09-2012	S.P. GLUCOSA 5% ISOTONICO AM 500 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACIO INFUSION IV ENVASE TIPO VIAFLEX RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	30	147.400	374,7	FFX		450
80	01-10-2012	S.P. GLUCOSA 5% AM 1000 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION INFUSION IV ENVASE TIPO VIAFLEX (COLAPSABLE) RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	21	146.680	456,88	FFX		590
81	01-10-2012	S.P. GLUCOSA 5% AM 500 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION INFUSION IV ENVASE TIPO VIAFLEX (COLAPSABLE) RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	UN	Sueros	37	189.360	283,83	FFX		370

2. De conformidad con lo señalado en la consideración anterior, entre las 20:39 horas del día 12 de septiembre y las 8:43 horas del día 13 de septiembre, ambos de 2012, los gerentes generales de las requeridas intercambiaron siete mensajes de texto.

3. Asimismo, según fue indicado en el considerando anterior, el 14 de septiembre de 2012, los gerentes generales de las requeridas mantuvieron dos conversaciones telefónicas cuya duración ya se detalló supra.

4. A las 18:35 horas del 20 de septiembre de 2012, Sanderson consideraba como precio unitario a ofertar para la Licitación Cenabast el de $290 conforme al documento "134. Cotización Cenabast final" (contenido en disco compacto que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "5. Disco duro C 312-2016/b. NUE 1915468") cuyo extracto se copia a continuación. Esta planilla fue modificada por última vez por Mariano Ojeda, según se puede constatar en las propiedades de la misma, que se reproducen en una imagen a continuación.

EXTRACTO PLANILLA "134. COTIZACIÓN CENABAST FINAL"

)LIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	290	290	5,52%	280	249.736.140	4.444.649
LIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	225	215	38,61%	215	25.723.550	25.723.550
IETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	225	210	77,37%	210	11.150.700	11.150.700
ENVASE DE POLIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	237	215	42,57%	210	19.845.000	19.845.000
NVASE DE POLIETILENO (SEMIRIGIDO) RESISTENTE CON SELLO QUE A SEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	240	235	43,39%	215	18.831.875	18.831.875
:NVASE DE POLIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO	450	450	61,46%	280	117.436.500	336.651
OLIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	235	225	34,15%	215	11.225.700	11.225.700
POLIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	305	310	0,93%	280	56.055.950	4.076.462
OLIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	256	235	35,76%	256	-	-
URE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.	230	230	72,28%	230	20.340.740	8.534.267
E POLIETILENO (SEMIRIGIDO). EMPAQUE RESISTENTE CON SELLO QUE ASEGURE INVIOLABILIDAD DEL CONTENIDO.		770			-	-
					566.851.030	132.460.805

Centésimo nonagésimo cuarto: Que, de este modo, se corrobora el hecho que Sanderson incrementó su precio unitario de presentación y consideró esta licitación como "una de las suyas" en la planilla "134. Cotización Cenabast final" ya mencionada;

Centésimo nonagésimo quinto: Que las justificaciones entregadas por Sanderson en su escrito de contestación no desvirtúan la conclusión anterior. En

específico Sanderson señaló que aun cuando se hubiese celebrado el acuerdo acusado éste no tendría sentido ya que: (i) de acuerdo a la interceptación expuesta en el considerando centésimo quincuagésimo cuarto anterior, el Sr. Ojeda no habría tenido la libertad de definir el precio a ofertar en esta Licitación; y (ii) de existir el acuerdo, no habría existido una intención seria de concretarlo de parte del Sr. Ojeda, ya que era razonable para él suponer que no era posible adjudicarse la Licitación Cenabast, atendido las deducciones de puntaje a las que Sanderson estaba afecto;

Centésimo nonagésimo sexto: Que aun cuando se diera por acreditado que el Sr. Ojeda no pudo presentar una oferta al precio que él deseaba –lo que no se encuentra probado en autos–, ello no desvirtúa su existencia y los efectos que más adelante se analizan, por cuanto en la planilla "134. Cotización Cenabast final", modificada por última vez por el mismo Sr. Ojeda el 20 de septiembre de 2012, un día antes del cierre de la fase de ofertas de la Licitación Cenabast, Sanderson preveía que podía resultar adjudicatario de la Licitación Cenabast y propone una estrategia en caso de perderla ante B. Braun;

Centésimo nonagésimo séptimo: Que, de esta manera, se encuentra acreditado en autos la existencia de un acuerdo colusorio celebrado entre los gerentes generales de las requeridas con el objeto de afectar el resultado de la Licitación Cenabast. En específico, atendida la evidencia analizada en los considerandos anteriores es posible inferir que el Sr. Quiroga, en representación de Baxter comunicó al Sr. Ojeda, en representación de Sanderson, que su empresa no participaría en la Licitación Cenabast, acordando que esta última sería asignada a Sanderson;

Centésimo nonagésimo octavo: Que, los antecedentes analizados conducen a desestimar la plausibilidad de las explicaciones proporcionadas por las requeridas respecto de su actuación durante la Licitación Cenabast. Así, el conjunto de la prueba rendida en autos, lleva a demostrar la hipótesis de un acuerdo colusorio para afectar el resultado de la Licitación Cenabast, que fue formulada por la FNE en su requerimiento;

Centésimo nonagésimo noveno: Que, por último, el hecho de que la empresa B. Braun, quien no formó parte del acuerdo acusado, haya sido la adjudicataria

de dicha licitación, no obsta a que el acuerdo sea sancionable en esta sede por cuanto su celebración es suficiente, tal como se expuso en los considerandos décimo octavo y siguientes, máxime si genera efectos anticompetitivos en el mercado, como se demostrará a continuación;

Análisis acerca del poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas

Ducentésimo : Que no está controvertido en autos que los laboratorios Sanderson, B. Braun y Labonort presentaron ofertas en la Licitación Cenabast, aunque tan solo fueron declaradas admisibles las ofertas de los dos primeros. Sanderson se presentó con su producto Freeflex a un precio unitario de $290, mientras que B. Braun se presentó con el producto Ecoflac a un precio unitario de $275, resultando adjudicatario de la licitación. Estos precios fueron publicados el 24 de septiembre de 2012 en el portal web de Mercado Público;

Ducentésimo primero: Que, en el marco establecido en las consideraciones centésima vigésima primera y siguientes, a propósito de la Licitación Hospital, para efectos de determinar si el acuerdo entre Baxter y Sanderson relativo a la Licitación Cenabast les confirió poder de mercado, se examinarán a aquellos competidores que podían participar de dicha licitación y se determinará si eran creíbles. En otras palabras, se analizará la competencia potencial que enfrentaban las requeridas al cierre de la fase de presentación de ofertas y si dicha competencia podía ejercer algún poder disciplinador sobre las requeridas;

Ducentésimo segundo: Que, en primer lugar y conforme se describe en el Cuadro N° 7 incorporado anteriormente, de todas las licitaciones convocadas en el sector público para la adquisición de cloruro de sodio en concentración de 0,9% contenido en envase colapsable de 100 ml, la Licitación Cenabast fue la más grande del período atendido la cantidad adjudicada, representando el 69% de las adjudicaciones del período 2012-2013 para este producto;

Ducentésimo tercero: Que, asimismo, Cenabast fue la institución que agrupó la mayor cantidad de compras de suero flexible a través de licitaciones en el sector público de salud, entre julio de 2009 y junio de 2012, tal como se mostró en el Cuadro N° 8;

Ducentésimo cuarto: Que, tal como se expuso con motivo de la Licitación Hospital, los grandes volúmenes solicitados y la logística necesaria para abastecer de manera oportuna a las instituciones son elementos que restringen la cantidad de potenciales participantes. Prueba de ello es lo señalado por la FNE en sus observaciones a la prueba, donde indica que todas las licitaciones de más de 50.000 unidades fueron adjudicadas a Baxter, Sanderson o B. Braun (fojas 3055 y 3056 del cuaderno principal). Es más, si se analiza el período relevante para el caso de autos, es decir el período comprendido entre julio de 2009 y junio de 2012, todas las licitaciones de 50.000 unidades o más fueron adjudicadas a alguna de las requeridas, como se muestra en el Cuadro N° 9;

Ducentésimo quinto: Que, al analizar todas las licitaciones de 30.000 unidades o más, convocadas entre julio de 2009 y junio de 2012, B. Braun solo se adjudicó un 2,6% de este subconjunto. Es más, las únicas licitaciones en las que B. Braun se adjudicó una cantidad de gran envergadura fueron aquellas convocadas por el Hospital San José, el cual adjudicó 30.000 unidades a todos los laboratorios que participaron en ambos procesos licitatorios sin distinguir los precios ofertados. En lo relativo a la variable precio, las ofertas de B. Braun en ambas ocasiones, como se indicó, fueron muy superiores al mejor postor, tal como muestra el Cuadro N° 10 antes expuesto;

Ducentésimo sexto: Que, incluso lo afirmado anteriormente se puede generalizar para todas las licitaciones de 3.000 o más unidades. Por cierto, ninguna de estas 67 licitaciones, publicadas entre julio de 2009 y junio de 2012, fue adjudicada a un laboratorio distinto de Baxter, Sanderson y B. Braun, con excepción de la licitación 1549-498-LE10 convocada por el Hospital San José que adjudicó 30.000 unidades a Baxter, B. Braun, Sanderson y Santiago;

Ducentésimo séptimo: Que, efectivamente, si se examinan las licitaciones anteriores convocadas por Cenabast, según se indica en la Cuadro N° 15 a continuación, es posible corroborar que B. Braun era el único competidor potencial en la Licitación Cenabast, ya que las únicas empresas que superaron las etapas de admisibilidad administrativa y técnica en dichos procesos fueron B. Braun y Sanderson. Además, la única empresa que intentó participar en una de las licitaciones, Labonort, lo hizo ofertando el producto semirrígido de Sanderson, por lo que resultaba improbable que pudieran representar una competencia potencial capaz de disciplinar a las requeridas;

CUADRO N° 15

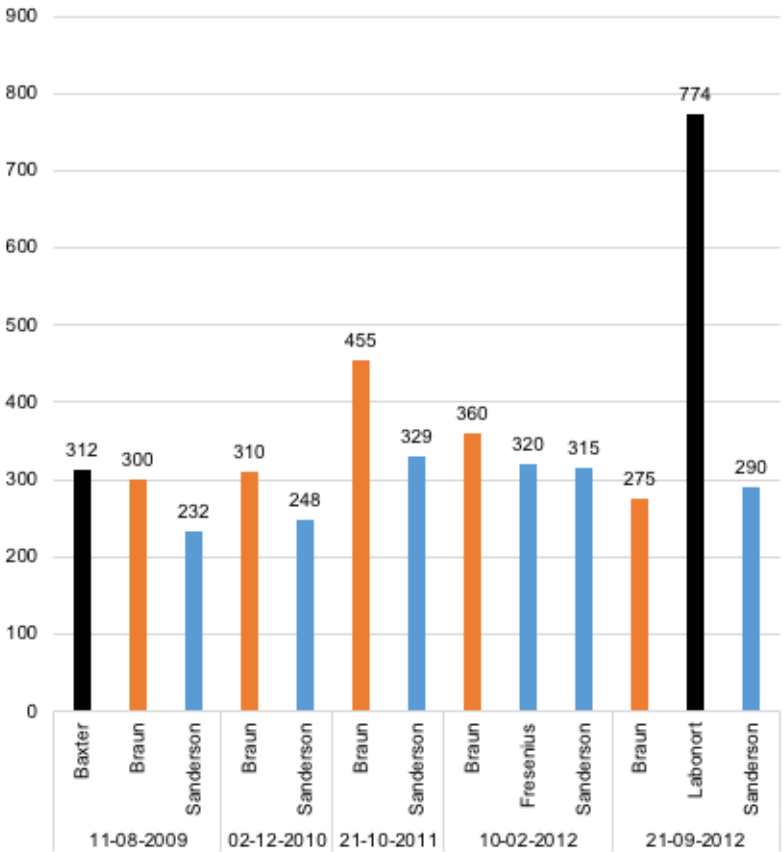
OFERENTES EN LICITACIONES CONVOCADAS POR CENABAST ENTRE 2009 Y 2012

Fecha cierre	Cantidad	Participantes	Envase	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
11-08-2009	544.000	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Rechazada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	apiroflex bag	Aceptada	Aceptada
02-12-2010	551.325	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
21-10-2011	774.626	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
10-02-2012	628.261	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		FRESENIUS	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
21-09-2012	1.457.795	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		LABONORT	matraz apiroflex	Rechazada	-
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal

Ducentésimo octavo: Que, por otra parte, según consta del siguiente gráfico, aun cuando la referida oferta de Labonort hubiese superado las etapas de admisibilidad, el precio ofertado fue $774, excediendo significativamente el resto de las ofertas observadas en el período;

GRÁFICO N° 3
PRECIOS OFERTADOS EN LICITACIONES CONVOCADAS
POR CENABAST ENTRE 2009 Y 2012



Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

Ducentésimo noveno: Que, en cuanto a la competencia que enfrentaban las Requeridas por parte de B. Braun, si bien esta empresa había participado de licitaciones anteriores, no se adjudicó ninguna de ellas. Lo anterior se explica porque los precios ofertados por B. Braun siempre fueron muy superiores a aquellos ofertados por Sanderson ($300 versus $232, en 2009; $310 versus $248, en 2010; $455 versus $329, en 2011; y $360 versus $315, en 2012). Es más, la diferencia de precios era de tal magnitud que, el año 2009, Cenabast decidió adjudicar la licitación a Sanderson, en razón del precio, aun cuando la oferta de B. Braun había obtenido un mayor puntaje total de evaluación, como muestra la imagen a continuación;

IMAGEN N° 1

Resultado Final Evaluación ID N°: 621-836-LP09

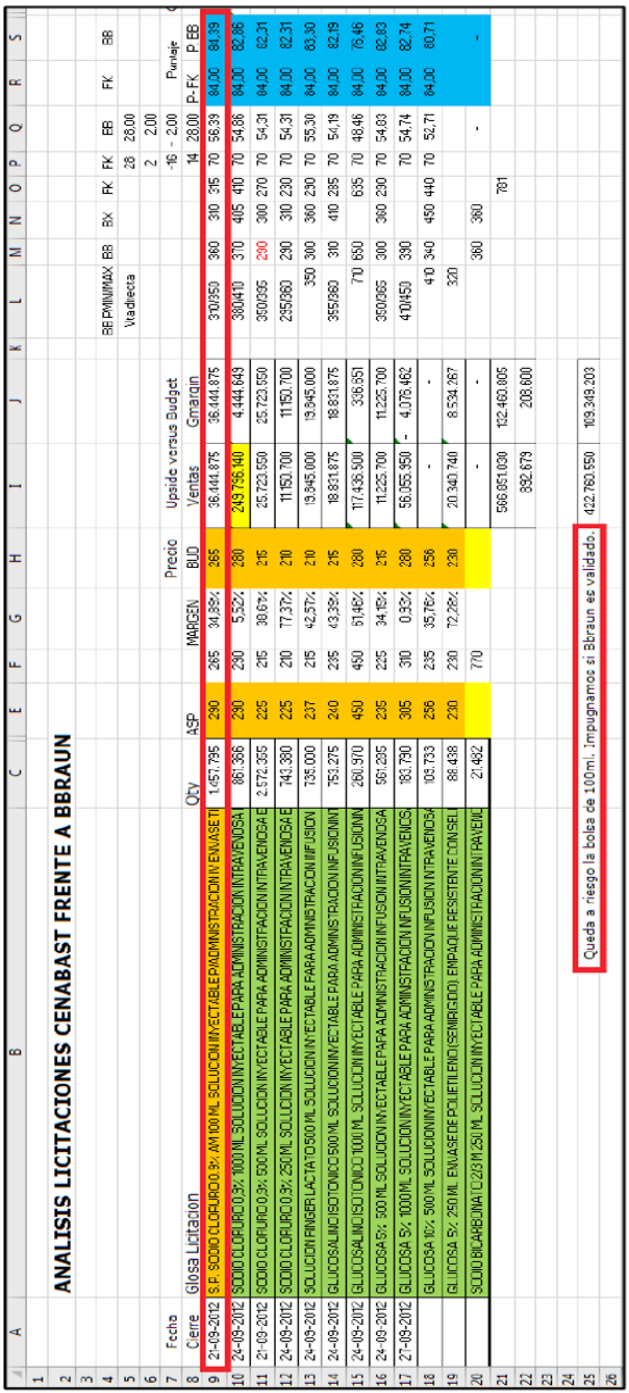
CODIGO	DENOMINACION	UND_MED	PROVEEDOR	CUMPLIMIENTO EN LAS ENTREGAS	TOTAL A. TECNICOS	TOTAL PRECIO	INTEGRACION DE P. DISCAPACITADO	DEDUCCIONES 4.1. RETIROS ISP	DEDUCCIONES 4.2. TERMINO CONTRATO	DEDUCCIONES 4.3. RECLAMOS O DEVOLUCIONES	TOTAL
2188431000	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM	AM	LABORATORIO SANDERSON S.A.	27,1	26,25	38	2	5	0	0	88,35
2188431000	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM	AM	B.BRAUN MEDICAL S.A.	29,7	30	29,39	0	0	0	0	89,09

Fuente:http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=LSNyp+fEFEksXOdjbYKtdw==

Ducentésimo décimo: Que otro elemento a considerar es que la participación de B. Braun en esta licitación, a un precio competitivo como el que ofreció a Cenabast, fue inesperada tanto para Baxter como para Sanderson, según se expone a continuación, lo que demuestra que B. Braun no aparecía como un competidor creíble para dicha requerida en el marco de la Licitación Cenabast. En efecto, por una parte, el testigo Pedro Pablo Echevarría de Sanderson declaró que *"nunca se pensó ¿no cierto? Que para esa licitación B. Braun iba a bajar de 335 a 275 pesos un producto, o sea no"* (foja 1341 del cuaderno principal), haciendo referencia al precio ofrecido por B. Braun, $335, en la Licitación Hospital y dando a entender que el precio en definitiva ofertado, de $275, no fue anticipado por Sanderson;

Ducentésimo undécimo: Que, por último, en cuanto al análisis realizado por Sanderson para participar de la Licitación Cenabast, tal como muestra el extracto de la planilla que fue incautada a esta requerida "134. Cotizacion Cenabast Final" (contenida en el disco compacto que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "5. Disco duro C 312-2016/b. NUE 1915468") que se copia a continuación, este tuvo en cuenta el precio ofrecido por B. Braun en la anterior licitación convocada por Cenabast ($360), esto es, un 24% mayor a aquel que Sanderson pretendía ofertar. En efecto, en la hoja "Análisis Precios" de la planilla indicada se puede observar que el precio a ofertar por Sanderson era de $290 y que en sus cálculos de asignación de puntaje lo dan como ganador de la licitación, tal como consta en las celdas R9 y S9;

EXTRACTO PLANILLA "134. COTIZACIÓN CENABAST FINAL"



ANALISIS LICITACIONES CENABAST FRENTE A BBRAUN

Fecha Cierre	Glosa Licitacion	Qty	ASP	MARGEN	Precio BUD	Upside versus Budget Ventas	Gmargin	BB PMINMAX	BB	BX	FK	FK	BB	FK	BB
								Vladirecta				28	28,00		
												2	2,00		
												-16	- 2,00	Puntaje	
												14	28,00	P-FK	P BB
21-09-2012	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 100 ML SOLUCION INYECTABLE PADMINISTRACION INTRAVENOSA	1.457.795	290	265	265	36.444.875	36.444.875	370350	360	310	315	70	56,39	84,00	84,39
24-09-2012	SODIO CLORURO 0.9% 1000 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INTRAVENOSA	861.366	290	290	280	249.756.140	4.444.643	380410	370	405	410	70	54,86	84,00	82,86
21-09-2012	SODIO CLORURO 0.9% 500 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INTRAVENOSA E	2.572.355	225	215	280	25.723.550	25.723.550	360095	290	360	270	70	54,31	84,00	82,31
24-09-2012	SODIO CLORURO 0.9% 250 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INTRAVENOSA E	743.380	225	210	210	11.150.700	11.150.700	295060	290	310	230	70	54,31	84,00	82,31
24-09-2012	SOLUCION RINGER LACTATO 500 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INFUSION	735.000	237	215	210	19.845.000	19.845.000	350	300	360	230	70	55,30	84,00	83,30
24-09-2012	GLUCOSA ALIMICISOTONICO 500 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INFUSIONIN	753.275	240	235	215	18.831.875	18.831.875	355060	310	410	285	70	54,19	84,00	82,19
24-09-2012	GLUCOSA ALIMICISOTONICO 1000 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INFUSIONIN	260.970	450	450	280	117.436.500	306.651	770	650		635	70	48,46	84,00	76,46
24-09-2012	GLUCOSA 5% 500 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INFUSION INTRAVENOSA	561.235	225	225	215	11.225.700	11.225.700	360095	300	360	290	70	54,83	84,00	82,83
27-09-2012	GLUCOSA 5% 1000 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INFUSION INTRAVENOSA	183.790	305	310	280	56.065.950	- 4.076.462	410450	330			70	54,74	84,00	82,74
	GLUCOSA 10% 500 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INFUSION INTRAVENOSA	103.733	256	235	256	-	-	410	340	450	440	70	52,71	84,00	80,71
	GLUCOSA 5% 250 ML ENVASE DE POLIETILENO (SEMIRIGIDO) EMPAQUE RESISTENTE CON SEL	88.438	230	230	230	20.340.740	8.534.267	320							
	SODIO BICARBONATO 2,3% 250 ML SOLUCION INYECTABLE PARA ADMINISTRACION INTRAVENO	21.432		770		-	-		360	360			-		-
						566.851.030	132.460.805				781				
						892.679	208.600								
	Queda a riesgo la bolsa de 100ml. Impugnamos si Bbraun es validado.					422.760.550	109.348.203								

Ducentésimo duodécimo: Que de los considerandos anteriores se puede deducir que B. Braun no se configuraba como un competidor creíble que podía ejercer presión competitiva sobre Sanderson en la Licitación Cenabast;

Ducentésimo decimotercero: Que, se debe considerar además que, en ausencia del acuerdo colusorio, Baxter podría haber participado de la licitación ofertando un precio de $264 (según las planillas "GG y Cenabast [v2]" y "50. Licitaciones Sueros", ambas del 13 de septiembre) o, en un escenario conservador, un precio de $270, como expresa Nicole Valenzuela en las conversaciones interceptadas (en particular, en aquella que se expone en el considerando 156° anterior), en todos los casos menor al precio de adjudicación de $275;

Ducentésimo decimocuarto: Que, por último, un análisis ex post de la licitación permite concluir que era improbable que Sanderson se adjudicara la Licitación Cenabast, tal como muestra el Cuadro N° 16;

CUADRO N° 16

CUADRO DE ANÁLISIS OFERTAS LICITACIÓN CENABAST

Proveedor	Precio	Puntaje Precio (70 ptos.)	Antecedentes Económicos				
			Completitud de Oferta (7 ptos)	Ajuste Unidad de Despacho (2 ptos)	Integración de Personal discapacitado (2 ptos)	Factura Electrónica (1 pto)	Total Antec. Econ.
B.BRAUN MEDICAL SPA	275,00	70,00	7,00	2,00	0,00	1,00	80,00
LABORATORIO SANDERSON S.A.	290,00	66,38	7,00	0,00	0,00	1,00	74,38

Antecedentes Técnicos			Deducciones					TOTAL FINAL EVALUACION
Acredita cumpl. GMP (10 ptos)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (8 ptos)	Total Antec. Técnicos	4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado vol.	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato total o parcial por incumpl.	4.6 Reparos	Total Deducciones	
0,00	0,00	0,00	6,00	0,00	0,00	0,00	6,00	74,00
0,00	0,00	0,00	6,00	20,00	0,00	0,00	26,00	48,38

Fuente: foja 877 del cuaderno principal

Ducentésimo decimoquinto: Que, sin embargo, el análisis ex ante desarrollado por las requeridas no preveía este escenario. En particular, si bien estaban en conocimiento de que Sanderson estaba afecto a deducciones en el puntaje de evaluación de su oferta, el monto de estas fue subestimado. Esto se puede observar en la plani-

lla "134. Cotizacion Cenabast Final", ya referida precedentemente, donde Mariano Ojeda predijo erróneamente los puntajes que obtendrían Sanderson y B. Braun en las otras variables de adjudicación y las deducciones que Cenabast aplicaría a sus puntajes. Así, de los 30 puntos restantes del polinomio de evaluación –además de los 70 correspondientes a la variable precio–, las celdas P5, P6, Q5 y Q6 indican que Sanderson y B. Braun obtendrían la totalidad del puntaje, mientras que las celdas P7 y Q7 señalan que Sanderson sufriría una deducción de 16 puntos y B. Braun, una deducción de 2. Con todo esto, Sanderson pronosticaba obtendría un puntaje de 84, indicados en la celda R9, casi idéntico a los 84,39 puntos de B. Braun, anotados en la celda S9. La misma planilla indica que Sanderson planeaba impugnar la adjudicación a B. Braun en caso de que esta se concretara, lo que en los hechos ocurrió;

Ducentésimo decimosexto: Que, del mismo modo, Baxter, en sus predicciones, solo consideró una deducción de ocho puntos para Sanderson y de dos para B. Braun (documento "5. Evaluación Oferta Cenabast" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364/a. NUE 1922615");

Ducentésimo decimoséptimo: Que, lo antes expuesto, permite concluir que las requeridas estimaban y preveían que Sanderson podía adjudicarse la Licitación Cenabast y, de esta manera, que el acuerdo tenía la capacidad de afectar el resultado de tal licitación;

Ducentésimo decimoctavo: Que, en suma, al igual que en el caso de la Licitación Hospital, la prueba analizada permite formar la convicción de estos sentenciadores de que el acuerdo celebrado entre los gerentes generales de las requeridas para afectar el resultado de la Licitación Cenabast, les confirió poder de mercado. De esta forma, la prueba señalada permite arribar a la conclusión de que la conducta de las requeridas infringió el artículo 3 letra a) del D.L. N° 211, en la forma indicada por la FNE en su requerimiento;

Medidas a imponer a las requeridas

Ducentésimo decimonoveno: Que corresponde, entonces, determinar las medidas aplicables a las requeridas por su conducta anticompetitiva desarrollada durante el período acusado;

Ducentésimo vigésimo: Que, en primer término, será aplicada una multa a beneficio fiscal. Como se indicó en la parte expositiva, la Fiscalía Nacional Económica solicitó que se le aplicara a cada una de las requeridas una multa de 200 unidades tributarias anuales o el monto que este Tribunal estime ajustado a derecho;

Ducentésimo vigésimo primero: Que, como señala el inciso final del artículo 26 del D.L. Nº 211, en su versión aplicable a los ilícitos acreditados, el cálculo de la multa considerará, entre otros factores, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente de uno de los infractores y la colaboración que cada agente económico haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación;

Ducentésimo vigésimo segundo: Que, en este caso, las requeridas no obtuvieron un beneficio económico con motivo de la infracción, ya que, como indica la Fiscalía en su requerimiento, en ambas licitaciones hubo circunstancias especiales que impidieron la concreción de los acuerdos tal como fueron originalmente pactados. A pesar de ello, la FNE, como se señaló, solicitó una multa de 200 UTA para cada requerida, atendida la gravedad de la conducta y el efecto disuasivo, criterio que este Tribunal comparte en razón del monto total adjudicado en ambas licitaciones, que ascendió a 972 UTA;

Ducentésimo vigésimo tercero: Que, por su parte, no concurre ninguna circunstancia que justifique la modificación de la multa solicitada por la FNE. En particular, la colaboración que Baxter y Sanderson dicen haber prestado a la FNE no ha ido más allá que su deber legal de cumplir con las cargas públicas que le impone la ley;

Ducentésimo vigésimo cuarto: Que, en consecuencia, se aplicará una multa a beneficio fiscal de 200 UTA a cada una de las requeridas;

Ducentésimo vigésimo quinto: Que, por último, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 y en línea con lo establecido en las sentencias N° 165, N° 158, N° 145 y Nº 148, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la «Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre

Competencia» (material de promoción Nº 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. Dicho programa tendrá una duración de cinco años y deberá contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:

a) Dentro de 30 días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, el directorio de cada requerida deberá constituir un Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente, en los términos del artículo 50 bis de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Este Comité deberá estar establecido en los estatutos sociales y se encargará de proponer al directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como de velar por el buen cumplimiento de sus deberes;

b) Nombrar, dentro de 30 días hábiles contados desde la constitución del Comité a que alude la letra anterior, a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de cada compañía. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido conforme a lo dispuesto en la letra anterior, y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo y reportar sus acciones directamente al Directorio de la respectiva empresa. El nombramiento del Oficial de Cumplimiento podrá recaer en un trabajador de las compañías, y deberá en todo caso ser informado a la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá otorgar su aprobación de forma previa a que el Oficial comience a prestar sus funciones;

c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). La misma obligación regirá respecto de toda persona involucrada en la colusión sancionada en esta sentencia que aún desempeñe funciones en la respectiva compañía. En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso;

d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra c) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia en la empresa. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante los cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada;

e) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: (i) las personas señaladas en la letra c) precedente y (ii) toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada;

f) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, (v) la política interna de libre competencia de la compañía;

g) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia; y,

h) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia;

SE RESUELVE:

1. RECHAZAR la excepción de prescripción opuesta por Laboratorio Sanderson S.A.;

2. ACOGER el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica;

3. CONDENAR a Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 200 Unidades Tributarias Anuales;

4. CONDENAR a Laboratorio Sanderson S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 200 Unidades Tributarias Anuales;

5. IMPONER a las requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción Nº 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por al menos un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando ducentésimo vigésimo quinto de esta Sentencia;

6. CONDENAR en costas a las requeridas por haber sido totalmente vencidas.

SE PREVIENE que la ministra Sra. María de la Luz Domper, no obstante concurrir al fallo, estuvo por no incluir el literal (i) de la letra f) del considerando ducentésimo vigésimo quinto, reiterado en el resuelvo quinto.

SE PREVIENE que los ministros Saavedra y Tapia, si bien concuerdan con la decisión adoptada en la Sentencia, disienten en lo relativo a: (i) la suficiencia de los medios probatorios utilizados para llegar a la conclusión; y (ii) el modo en que se ha efectuado el análisis del poder de mercado, específicamente, definiendo previamente un mercado relevante. Todo ello por los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, luego de haber valorado la prueba de manera individual y holística (sobre valoración probatoria en general véase, por ejemplo, Nieva, J., *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, 2010), he-

mos arribado a la convicción de que en cada uno de los dos acuerdos acusados sólo uno de los medios probatorios invocados en cada acuerdo tiene la idoneidad y entidad suficiente para llegar a la convicción de que se trataba de una coordinación de carácter colusorio. Los demás son, en cada caso, a lo sumo un mero complemento de aquél o incluso no debieran ser considerado prueba del acuerdo colusorio (sin que, al mismo tiempo, prueben la hipótesis contraria).

2. En efecto, en el caso de la Licitación Hospital, el extracto de la interceptación telefónica N° 578, a la que se refieren los considerandos quincuagésimo quinto y siguientes, que da cuenta de una conversación entre Christian Quiroga, gerente general de Baxter, y Nicole Valenzuela, a la fecha supervisora de ventas de la misma empresa, en la cual se utilizan expresiones tales como "salirse de acuerdo" o "no involucrarse en la licitación", o incluso cuando el primero ofrece "compensar" a Mariano Ojeda (de Sanderson) por "haberles soplado el Guillermo Grant" o se habla de una "licitación a Banmedica", entre otras expresiones igualmente concluyentes, es suficiente para confirmar por sí solo la hipótesis de existencia de un acuerdo anticompetitivo de forma fuerte (Taruffo, M., *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 275-6). De ello da cuenta el análisis detallado realizado en la Sentencia a este respecto.

3. Lo mismo acontece en el caso de la Licitación Cenabast. La interceptación telefónica transcrita en el considerando centésimo quincuagésimo cuarto, entre los señores Quiroga y Valenzuela, antes aludidos, que utiliza expresiones como "el me dijo que iba a ir a un precio muy bajo", da cuenta de manera suficiente, por sí misma, del acuerdo anticompetitivo.

4. Por lo demás, la suficiencia probatoria de las conversaciones indicadas en los párrafos precedentes se mantiene cualquiera sea el estándar de convicción utilizado de entre aquellos aplicables en materia de libre competencia; esto es, prueba "clara y convincente" o "prueba preponderante".

5. En cambio, los demás hechos analizados tienen, a nuestro juicio, un carácter meramente complementario, por lo que sólo deben ser considera-

dos como adicionales y contextuales, mas no necesarios para condenar, ni menos suficientes por carecer de la entidad requerida para ello.

6. Este es el caso, por ejemplo, de la prueba del tráfico de llamadas y mensajes de texto entre los señores Quiroga (gerente general de Baxter) y Ojeda (gerente general de Sanderson). Al analizar el 19 de julio de 2012 y constatar la existencia de siete llamadas o mensajes de texto, la Sentencia menciona que ello se trataría de un indicio de la existencia de prácticas anticompetitivas respecto de la Licitación Hospital. Estando de acuerdo con dicha deducción, esta prueba es muy débil si se considera que en seis oportunidades durante el segundo semestre de 2012 los mismos ejecutivos se contactaron en siete o más oportunidades en un mismo día. Una situación similar se observa al analizar el tráfico de llamadas y mensajes de texto en septiembre de 2012 y constatar la existencia de 23 llamadas o mensajes de texto en dicho mes, lo que la Sentencia califica de "tráfico alto". Tal calificativo resulta ser una prueba débil de prácticas anticompetitivas respecto de la Licitación Cenabast, ya que al mes siguiente Quiroga y Ojeda se contactaron en igual número de oportunidades.

7. Con todo, más relevante aún es la constatación de que, aplicando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, existe al menos una explicación alternativa plausible para los aludidos contactos. En efecto, tal como señala en el considerando nonagésimo tercero de la Sentencia, Baxter argumentó que habría tres posibles explicaciones a los llamados: la compra de Baxa Corporation ("Baxa"); las roturas de stock de sueros y compras de productos oncológicos de parte de Sanderson a Baxter; y la participación de ambas requeridas en la asociación gremial que las reúne, Asilfa. Todas ellas son desechadas en la Sentencia bajo diferentes argumentos. No obstante, a nuestro juicio, la primera explicación no es implausible. La prueba da cuenta que, a diferencia de lo afirmado en la Sentencia, el tema de la compra de Baxa ya había sido comunicado a Quiroga el 16 de julio de 2012, por lo que desde esa fecha es plausible que comenzaran contactos entre las partes, pudiendo ser ello la causa de los siete contactos entre ambos ejecutivos el

19 de julio de 2012, o los 23 y 22 contactos entre ellos en los meses de septiembre y octubre del mismo año, respectivamente. Dado esto, no existen razones fuertes que permitan atribuir las llamadas a una causa colusiva. Por tanto, aun cuando las llamadas entre gerentes generales de empresas rivales deben suponerse a priori anticompetitivas, no es posible eliminar al menos una de las explicaciones alternativas planteadas por la defensa a este respecto.

8. Con todo, reiteramos que lo anterior no es en caso alguno un impedimento a la condena.

9. En segundo término, en lo que respecta ahora al análisis del poder de mercado, el modo en que ha sido hecho su análisis es, a nuestro juicio, contradictorio con los precedentes más recientes en la materia; innecesario en este caso (al menos en la forma y con el detalle que ha sido llevado a cabo); y riesgoso en términos de política de competencia.

10. En efecto, el poder de mercado deriva de la sola circunstancia de que dos rivales lleguen a un acuerdo sobre una variable competitiva relevante. Como se ha sostenido en la Sentencia Nº 148/2015, relativa precisamente a una colusión en licitaciones, en estos casos la determinación de dicho poder debe realizarse teniendo en cuenta las características propias de los procesos de compra (c.55°), siendo innecesario, como se muestra en esa misma sentencia, definir un "mercado relevante" para efectos de establecer las posibilidades que tienen otros competidores de disciplinar el comportamiento de los agentes económicos coludidos.

11. Como cuestión previa general, se debe considerar que lo relevante en una licitación es el conocimiento y expectativas que los agentes posean, al momento del acuerdo, quienes pretenden intervenir en ella de manera colusoria. Tratándose de una licitación de sobre cerrado de un producto definido en las bases del proceso –es decir, un producto homogéneo–, en donde cada firma desconoce los costos de sus rivales, los oferentes tendrán un cierto nivel de poder de mercado que depende negativamente del número de potenciales oferentes. Así, en tanto

dos o más oferentes se coludan, ellos ofertarán un precio más alto en equilibrio, haya o no más potenciales oferentes en la licitación; por lo que, de resultar ganadores, habrán acrecentado su poder de mercado. Tal aumento en el poder de mercado es mayor conforme menos oferentes se espere que participen de la licitación (Marshall, R. y L. Marx, *The Economics of Collusion*, *The MIT Press, 2012, pp. 173-176)*. Por esto, un acuerdo entre dos oferentes en una licitación, como el acreditado en el presente caso, sólo se explica si confiere a las partes poder de mercado –o, más propiamente, "más" poder de mercado, pues "en la práctica casi todas las firmas tienen algún grado de poder de mercado técnico" (*Kaplow, L. y C. Shapiro, "Antitrust", cap. 15 en Handbook of Law & Economics [Polinsky, M. y S. Shavell, eds.], vol. 2, Elsevier, 2007, pp. 1073 y ss., en p. 1079)*.

12. En términos más generales, un acuerdo entre dos rivales tiene racionalidad económica sí y sólo sí esos rivales esperan que el proceso competitivo al que lleva la posterior licitación les entregue un precio esperado mayor al que obtendrían compitiendo; lo que, a su vez, sólo se explica si los agentes coludidos no esperan razonablemente que otro rival oferte en condiciones competitivas en dicha licitación. Por el contrario, si el acuerdo no les confiriera poder de mercado, ello sería porque los partícipes esperan que otro rival oferte en condiciones competitivas, impidiéndoles ganar la licitación una vez hayan perfeccionado el acuerdo.

13. Como queda en evidencia, el análisis del poder de mercado en casos de licitaciones no requiere de una definición del mercado relevante, el cual es un instrumento innecesario para mostrar que los acuerdos entre Baxter y Sanderson efectivamente les confirieron poder de mercado.

14. Por último, y coherente con lo indicado en los párrafos anteriores, desde el punto de vista de la política de competencia, utilizar el mercado relevante como un proxy para arribar al poder de mercado, en la forma en que ha sido hecho en la Sentencia, implica riesgos severos de que litigantes, en casos claros de colusión, intenten centrar la argumentación en la amplitud de dicho mercado y no, como corresponde, en quie-

nes son competidores y cuáles de ellos han formado un acuerdo. En otras palabras, utilizar la herramienta del mercado relevante implica confundir un análisis de la ilicitud con un análisis de los efectos en el mercado derivados de ella. Aun cuando la legislación hoy ha variado, es importante reiterar la jurisprudencia asentada en la materia.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.
Rol C N° 321-17.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. No firma el ministro señor Tapia, por estar haciendo uso de su feriado legal, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa. Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.

57 / 2019

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 57/2019

(Causa Rol NC N° 445-18)

"Consulta de Watt´s sobre las condiciones de recepción y compra de leche fresca."

Fecha dictación: 9 de septiembre de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. Prevención de los Ministros Domper y Rojas.

Consultante: Watt´s S.A.

Entidades que aportaron antecedentes: Ministerio de Agricultura, Compañía Agrícola y Lechera Quillayes de Peteroa Limitada ("Quillayes"), Cooperativa Agrícola y Lechera de la Unión Limitada ("Colún"), Soprole S.A. ("Soprole"), Procesadora de Leche del Sur S.A. ("Prolesur"), Nestlé Chile S.A. ("Nestlé"), Federación Gremial Nacional de Productores de Leche F.G. ("Fedeleche") y Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía").

Objeto del proceso: Pronunciamiento sobre las condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda y, en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de las empresas procesadoras de leche.

Mercado afectado: Mercado de procesamiento y recepción de leche fresca.

Resolución del Tribunal: El Tribunal concluyó que no se habían presentado nuevos antecedentes para modificar las medidas adoptadas en la Sentencia N° 7-2004 ("Sentencia"), que obligó a los procesadores de leche Watt's, Soprole y Nestlé a publicar pautas de precios. Asimismo, agregó que es un hecho cierto y relevante que el mercado ha variado hacia el uso de contratos escritos. Sin embargo, en dichos contratos, así como

en las pautas de precios, se detectaron algunas cláusulas referidas a ciertas bonificaciones o penalizaciones que han aumentado la fidelización. Atendidas las condiciones particulares de este mercado, algunas de esas cláusulas de fidelización resultan especialmente problemáticas para la competencia por cuanto se asemejen a una tratativa exclusiva y carecen de justificación objetiva. Por ello, el Tribunal estableció las siguientes medidas:

a) Watt's, Nestlé y Soprole deben excluir de sus pautas de precios y de sus contratos toda cláusula que obstaculice la movilidad a los proveedores, resultando de facto en una tratativa exclusiva. En particular, deben abstenerse de pactar aquellas que premian de manera retroactiva por crecimiento de volúmenes anuales o por crecimiento de volúmenes en invierno, y aquellas que otorgan mejores condiciones de pago por duración o permanencia como proveedor de la respectiva procesadora.

b) Watt's, Nestlé y Soprole deberán incluir en sus respectivos contratos la posibilidad que los productores puedan poner término unilateral a los mismos dando aviso con una antelación razonable, sin responsabilidad ulterior.

c) A fin de facilitar el monitoreo de la movilidad de los productores, Watt's, Nestlé y Soprole deberán informar a ODEPA la duración de los contratos que cada una de ellas suscriba, para efectos de darles debida publicidad.

La decisión de mayoría se acordó con la prevención de los Ministros señora Domper y señor Rojas, quienes, si bien estuvieron de acuerdo con el análisis realizado y con las medidas impuestas, hicieron presentes algunas consideraciones respecto al objeto de la consulta y la competencia del Tribunal.

Recursos: No hay recursos pendientes.

Temas que trata: Facultad del Tribunal de imponer medidas en procedimiento no contencioso; cambio de circunstancias en el mercado considerado para una medida o condición, pautas de precio y exclusividad.

RESOLUCIÓN N° 57/2019

Santiago, nueve de septiembre de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 445-18.
CONSULTANTE: Watt's S.A. ("Watt's" o la "Consultante").
OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie sobre las condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda y, en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultante

a) Watt's.

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:

a) Ministerio de Agricultura;
b) Compañía Agrícola y Lechera Quillayes de Peteroa Limitada ("Quillayes");
c) Cooperativa Agrícola y Lechera de la Unión Limitada ("Colún");
d) Soprole S.A. ("Soprole");
e) Procesadora de Leche del Sur S.A. ("Prolesur");
f) Nestlé Chile S.A. ("Nestlé");
g) Federación Gremial Nacional de Productores de Leche F.G. ("Fedeleche");
h) Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A fojas 11, el 4 de junio de 2018, Watt's solicitó dar inicio a un procedimiento de consulta a fin de que este Tribunal se pronuncie acerca de las condiciones que deberán ser cumplidas a partir de la resolución que se pronuncie en este

proceso, en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda, y en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

2. Watt's indica que en la Sentencia N° 7/2004 (indistintamente "Sentencia" o "Sentencia N° 7/2004"), dictada en el marco del procedimiento Rol C N° 01-04 caratulado "*Requerimiento del Fiscal Nacional Económico y recursos de reclamación de Soprole y Loncoleche, contra el dictamen 1/96 de la Comisión Preventiva Regional lX*", se rechazó el requerimiento de la FNE y eximió de toda responsabilidad por los ilícitos anticompetitivos imputados a Watt's, Parmalat Chile S.A. ("Parmalat"), Soprole y Dos Álamos S.A. ("Dos Álamos"). No obstante, en dicha Sentencia se habrían establecido algunas medidas relevantes para la recepción y compra de leche cruda. En efecto, el considerando cuarto indicó:

> "*CUARTO: Que, sin perjuicio de lo resuelto, este Tribunal, teniendo en consideración que el mercado de la adquisición y procesamiento de leche bovina en las Regiones Vlll, lX y X adolece de imperfecciones, observándose falto de transparencia en el mismo, dispone las siguientes medidas, las cuales deberán considerarse en los actos o contratos que se ejecuten o celebren en este mercado, como asimismo en el resto de las regiones del país:*
> *1.- Las empresas procesadoras de leche deberán mantener un listado de precios de compra, el que deberá detallar los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados;*
> *2.- Las empresas procesadoras de leche deberán anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca;*"

3. De acuerdo a Watt's, estas medidas habrían tenido como fundamento la falta de transparencia en el mercado, la que era necesario remediar para precaver la ocurrencia de conductas anticompetitivas, como discriminaciones arbitrarias de precios, en el futuro.

4. La consultante afirma que por medio de la imposición de las medidas se habrían hecho vinculantes las condiciones de compra ofrecidas y, con ello, se permite a los productores anticiparse a los cambios en ellas. A su vez, en la

Sentencia se habría dispuesto que las condiciones de comercialización como descuentos, precios estacionales o formas de pago debían ser "*objetivos y de conocimiento general*". Por tanto, a partir de las mencionadas medidas, los productores lecheros contarían con la mayor cantidad posible de elementos de comparación en sus decisiones de comercialización.

5. Continuando con el tema acerca de la naturaleza de las medidas, Watt's indicó que éstas no serían propias de un contencioso, por el contrario, tendrían un carácter preventivo y cumplirían fines similares a una Instrucción de Carácter General, ya que (i) no habrían sido impuestas como consecuencia de alguna infracción de las requeridas; (ii) se fundamentarían en un problema general del mercado; (iii) tendrían como fin precaver infracciones anticompetitivas, otorgando certeza a los actores del mercado; (iv) se habrían dictado usando el mismo lenguaje dispuesto en el actual 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211"); y (v) se publicaron en el Diario Oficial.

6. Asimismo, la consultante destaca que desde un principio habría existido incertidumbre sobre quiénes eran los actores obligados por las medidas. En este sentido, Colún, el 3 de septiembre de 2004, habría interpuesto un recurso de aclaración. De acuerdo a Watt's, el Tribunal, fundándose en aspectos puramente procesales, indicó que la Sentencia no se le aplicaba a Colún, al no ser éste parte del proceso. Sin embargo, se habría advertido que los principios de competencia que emanaban de las medidas le eran aplicables, debiendo fijar sus condiciones de compra de forma transparente, general y no discriminatoria.

7. De acuerdo a Watt's, a pesar de las medidas, hoy no existiría transparencia total en el mercado, pues sólo estaría claro que las requeridas en el proceso rol C N° 01-04 resultaron obligadas a las medidas impuestas. Esto hace que, únicamente Watt's, Soprole y Nestlé mantengan sus condiciones de compra a disposición del público general. En el caso de Surlat, dicha empresa estaría en una situación intermedia ya que publicaría su información, pero lo haría en la página de Simulac. Finalmente, existiría un grupo que no publica sus condiciones de compra y que representaría el 43% del mercado: Colún y Quillayes, entre otras.

8. En razón de lo descrito anteriormente, la consultante solicita que se establezcan condiciones para la recepción y compra de leche fresca en igualdad y transparencia. En esta línea, señala que de continuar la obligatoriedad de la publicación de condiciones de compra de leche, debiese ser aplicable a todos los actores del mercado y, de esta forma, evitar el comportamiento estratégico de quienes: (i) fijan precios de compra condicionales a los precios fijados por aquellos competidores que publican pautas, por ejemplo, pueden ofrecer el precio de la pauta del competidor "X" más un premio, tornando imposible la competencia en el mercado; y (ii) pueden hacer pagos superiores y discriminatorios a ciertos proveedores estratégicos, en desmedro de otros. A lo anterior se agregaría que del hecho de que solo algunos actores publiquen sus precios se derivarían distorsiones e imposibilidades para la fiscalización de eventuales discriminaciones de precios.

9. A su vez, Watt's solicita que si el Tribunal determina que en el futuro la publicación de pautas no es idónea para cumplir con el D.L. N° 211, ello debiese ser aplicable para todo el mercado sin distinguir entre los distintos actores en dicha decisión.

10. Por otra parte, respecto a la evolución del mercado relevante, Watt's afirma que, según habría señalado la FNE en otros procesos, al año 2009 el mercado ya había presentado un aumento de la tasa de crecimiento de la recepción de leche fluida, ingreso de nuevos actores, variaciones en las participaciones de mercado y disminución en la dispersión de precios, entre otros.

11. En específico respecto al impacto de la obligación de publicar las pautas, Watt's señaló que, en general, quienes deben hacerlo han disminuido su participación de mercado. Así entre el año 2004 y 2017, Watt's, habría disminuido su compra de leche fresca, lo que habría hecho bajar su participación de mercado a un 27%, equivalente a una baja de 5 puntos porcentuales. Por su parte, Nestlé y Soprole han disminuido las suyas en 12% y 2%, equivalente a caídas de 2,2 y 0,5 puntos porcentuales respectivamente. Sin embargo, Colún, que no publica sus pautas, habría aumentado su participación (en un 45%, es decir, cerca de 8 puntos porcentuales de aumento de participación). Además, existirían otras empresas que no están obligadas a publicar y tienen participaciones regio-

nales relevantes, por ejemplo, Quillayes (19,3% en la Región de la Araucanía), Grupo Lactalis (16,7% en la Región Metropolitana), Surlat (78,7% en la Región de la Araucanía). Estas participaciones de mercado reflejarían la ventaja que tendrían las empresas que no publican pautas de precios sobre las que sí cumplen con dicha obligación.

12. Respecto de la existencia de nuevos entrantes exitosos al mercado, Watt's destaca la posición de Surlat, quien ingresó el año 2000 y durante el año 2013 vio su mayor incremento en ventas medidas en valor (7,3%). La consultante afirma que el mercado requiere de altas inversiones para ingresar, pero no ha demostrado que esto sea una barrera de entrada insalvable.

13. Finalmente, a fojas 148, Watt's ofreció el informe económico elaborado por Joaquín Poblete, denominado "Análisis Económico de un Requerimiento Parcial de Publicación de Pautas de Precio en el Mercado de la Leche en Chile". Asimismo, a fojas 564, ofreció el informe económico elaborado por Leonardo J. Basso, denominado "El Mercado Relevante para el Aprovisionamiento de Leche Cruda en Chile".

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

14. El 12 de junio de 2018, a fojas 33, se dio inicio al proceso de consulta relativo a las condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos relacionados con la recepción y compra de leche cruda y, en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

15. En dicha resolución se ordenó oficiar al Ministro de Agricultura; al Servicio Nacional del Consumidor; a Fedeleche; a la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias; a la Sociedad Nacional de Agricultura; a las empresas Soprole, Nestlé, Colún, Surlat Industrial S.A., Agrocomercial Codigua SpA, Inversiones e Industrias Valle Verde S.A., Quillayes, Lácteos Osorno Ltda., Agrolácteos de Chiloé S.A. y Bioleche Lácteos S.A., a fin de que éstos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la presente resolución en el Diario Oficial.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

16. A fojas 182, Quillayes aportó antecedentes indicando que no corresponde imponer la obligación de publicar pautas de precios a las empresas medianas y pequeñas, dado que la relación de negocios entre las empresas lácteas medianas y pequeñas no se asemeja en nada a la relación de las grandes empresas. Así, la publicación de pautas por parte de empresas medianas y pequeñas no se justifica y solo vendría a rigidizar la relación entre ellos. En específico, dificultaría el acuerdo de precios entre éstas y sus productores y podría entorpecer el aporte de mayor competencia que hacen las empresas medianas y pequeñas en un mercado en que cuatro grandes empresas compran el 80% de la leche.

16.1. Por otro lado, contrario a lo indicado por Watt's, Quillayes afirma que las empresas que no publican sus pautas no se han beneficiado a costa de los que si lo hacen. En específico, el crecimiento de Colún se explica por la exención impositiva que goza como cooperativa. Este subsidio ha sido muy bien aprovechado, aumentando su participación en la compra de leche en un 8%. Además, si se analiza la situación de otras empresas en el mercado, se observa que existen varias que han quebrado (Bioleche, Vitalac, Lac. Frutillar, Cafra, Lácteos Puerto Varas, Alimentos Puerto Varas y Agrolácteos Cuinco), otras que fueron compradas y algunas que han tenido un buen desempeño (Valle Verde y Quillayes). Por tanto, no sería posible establecer una conclusión generalizada de la existencia de un beneficio derivado de la no publicación de pautas de precio.

16.2. Luego, Quillayes destaca otro error de Watt's, por cuanto la consultante describe a Surlat como un ejemplo de un entrante exitoso. Sin embargo, esta empresa tuvo malos resultados y obligó a todos sus socios productores de leche a vender al controlador Emmi/Kauki. Su recepción de leche en el 2017, es un poco más de un 50% de lo comprado en 2008.

16.3. Quillayes continúa su análisis indicando que, contrario a lo señalado por Watt's, Nestlé y Soprole no han bajado los litros comprados, sino sólo su porcentaje y que la baja en la compra de litros de Watt's, se debería a una estrategia de la empresa más que a un perjuicio derivado de la publicación

de pautas. De hecho, habría decidido cerrar su planta de Loncoleche S.A. ("Loncoleche"). Asimismo, los ejemplos indicados por Watt's para reflejar la importancia de plantas en determinadas regiones no serían aplicables a la actualidad, dado que, con la refrigeración de la leche y la mejora de los caminos, la leche circula libremente. Finalmente, Watt's omite que aun cuando se publiquen las pautas de precio esto no impediría acuerdos especiales o compensaciones posteriores, como por ejemplo en el caso de Soprole y de Nestlé.

17. A fojas 198, Colún aportó antecedentes indicando, en primer lugar, respecto al alcance de este procedimiento, que las medidas impuestas en la Sentencia no son vinculantes para todo el mercado, ni tienen un carácter "mixto especial". Los únicos obligados por ellas serían aquellas empresas que fueron parte del proceso. En efecto, mediante resolución de 22.09.04 de este Tribunal se habría aclarado que Colún estaba excluido de la aplicación de la Sentencia.

17.1. Así, las medidas no podrían ser extendidas a los demás actores mediante un procedimiento de consulta, dado que ésta solo tiene efectos respecto de quien la formula. Se ha señalado (Sentencia N° 159/2017) que las medidas impuestas en una consulta sólo obligan a quien o quienes sean destinatarios de las medidas. De esta manera, esta consulta sólo podría afectar a Watt's y a los demás obligados por la Sentencia. Si se quiere discutir medidas con alcance general para todo el mercado, solo podría recurrirse a un procedimiento de dictación de instrucciones de carácter general.

17.2. En segundo lugar, Colún destaca los errores cometidos en la consulta, en la cual no se aportarían antecedentes concretos que den cuenta de la supuesta dificultad competitiva que padecería Watt's derivada de la publicación de pautas de precio. Por el contrario, dichas alegaciones no se condicen y omiten las conclusiones que expuso la FNE en su resolución de archivo respecto de la investigación sobre el mercado de compra de leche, de 23 enero de 2018. En dicha resolución, la FNE habría indicado que Watt's, Nestlé y Soprole detentan una posición dominante colectiva en el mercado de la compra de leche cruda de la zona sur. Asimismo, habría indicado la conveniencia de revisar las publicaciones, con el fin de limitar sus potencia-

les efectos negativos (facilitarían la interdependencia propia de la posición dominante colectiva).

17.3. En tercer lugar, Colún afirma que tanto la FNE como Fedeleche habrían señalado que existirían plantas sometidas a las medidas de la Sentencia que mantendrían acuerdos y/o prácticas que inciden en el precio que pagan a los productores y que no estarían especificadas en las respectivas pautas que se publican, por ejemplo: "bonos por fidelidad" o "bonos por entrega programada". Por tanto, si las pautas, actualmente, no reflejan lo verdaderamente pagado, no se entiende el fundamento de transparencia y no discriminación que invoca Watt's.

17.4. En cuarto lugar, Colún describe su estructura indicando que es una cooperativa formada por productores lecheros e integrada verticalmente. Los mismos socios que proveen y producen leche cruda establecen las normas de comercialización y fijan su precio de compra. Así, es imposible que ocurra una eventual discriminación y abuso por parte de las plantas procesadoras. En efecto, un 99,78% de la leche adquirida por Colún es comprada a sus socios cooperados, quienes tienen derecho a exigir a la cooperativa que les adquiera la totalidad de la leche que producen. Por tanto, Colún no competiría por la compra de leche de productores ni podría, tampoco, importar leche para sustituir compras locales. Lo que suceda con las pautas de precio de Watt's no alteraría la demanda de leche de Colún, ya que, al no competir en ese mercado, sus precios no se ven influenciados por dichas pautas.

17.5. En quinto lugar, respecto al mercado de compra de leche cruda, Colún divide su análisis en mercados geográficos. El informe de enero de 2018 de la FNE identifica dos mercados geográficos separados, esto es, la Región Metropolitana y la Zona Sur. Con todo, las diferencias regionales tenderían a unificarse, dada la posibilidad de refrigerar y trasladar la leche y la existencia de la leche en polvo. Por otro lado, considera las importaciones como un factor relevante al momento de describir el mercado, pues Chile ha pasado a ser un importador neto. Así, el análisis que realiza Watt's respecto a que las empresas han disminuido su participación en el mercado de compra de leche cruda sería errado, ya que tales empresas habrían sustituido

en parte sus compras de leche cruda con la importación de productos lácteos, incluyendo leche en polvo y otros productos elaborados.

17.6. Finalmente, en sexto lugar, a fojas 432, Colún ofreció el informe económico elaborado por Claudio Agostini, denominado "Publicación de Pautas de Compra en el Mercado de la Leche".

18. A fojas 231, Soprole aportó antecedentes indicando que adquiere leche cruda principalmente de productores de la zona centro norte (V, VI, VIII y RM), en el que se utiliza el modelo productivo de estabulado, distinto al modelo ocupado en la zona sur del país (basado en la pradera). A continuación, detalla que desde 2004 Soprole publica las pautas de precio de compra a productores de leche cruda y que la FNE se ha mantenido monitoreando y fiscalizando constantemente el funcionamiento del mercado de compra de leche cruda y el cumplimiento de la Sentencia. De hecho, las hipótesis de eventuales incumplimientos a esta última o de posibles conductas explotativas o coordinadas entre procesadores, han sido analizadas y descartadas en seis investigaciones iniciadas y archivadas.

19. A fojas 240, Prolesur aportó antecedentes indicando que adquiere leche cruda a productores ubicados en las regiones IX, X y XIV. En los mercados de la X y XIV Región ha promocionado el modelo de producción de leche cruda en base a praderas. En todo lo demás, Prolesur aporta los mismos antecedentes que ya fueron aportados por Soprole.

20. A fojas 247, Nestlé, aportó antecedentes y definió el mercado relevante como aquél de la producción y entrega de leche cruda por parte de los productores de leche de vaca y su recepción por las empresas procesadoras de leche para la posterior elaboración de productos lácteos. La venta se efectuaría desde la Región Metropolitana hasta la Región de Los Lagos. Sin embargo, las condiciones de competencia no serían homogéneas debido a diferencias en: (i) costos de traslado; (ii) costos de adquisición; (iii) costos de producción (la producción en la Región Metropolitana es más cara); y (iv) calidad de la leche cruda. Por esto, habrían buenas razones para estimar que la Región Metropolitana constituye un solo mercado relevante geográfico para efectos del análisis. Asimismo, la VIII región sería otra unidad en el análisis. Lo mismo puede decirse de la región IX.

Finalmente, puede considerarse a las regiones X y XIV como una sola para los efectos del análisis competitivo.

20.1. Continúa Nestlé describiendo el mercado relevante al 2004. En el habría existido un gran número de productores lecheros, dispersos geográficamente, sin niveles de organización para la comercialización de leche cruda. Con todo, se trataba de una industria en expansión y con expectativas de seguir aumentando su producción.

20.2. Respecto a las empresas procesadoras de leche (87% del total de la leche cruda producida el año 1995), Nestlé indicó que ella estaba presente en el mercado junto a Soprole, Parmalat, Loncoleche, Dos Álamos y Colún.

20.3. Sobre las participaciones de mercado al año 2004 en razón del volumen de recepción de leche, de acuerdo a Nestlé, éstas correspondían a: Soprole (23%), Nestlé (20%), Colún (19%) y Watt's (14%).

20.4. Respecto a los productores de leche fresca, para el año 2004, la forma más común en que operaban estos era por medio de asociaciones formales e informales que les permitían agregar volumen para obtener mejores condiciones de comercialización.

20.5. A continuación, Nestlé dio cuenta de lo cambios más relevantes que ha sufrido este mercado, esto es (i) se ha concentrado fuertemente por el lado de la oferta de leche cruda, hoy los productores no se encuentran tan atomizados; y (ii) se ha incrementado el tamaño relativo de los actores relevantes en la producción de leche fresca.

20.6. Finalmente, agrega que hoy las empresas procesadoras, cuya compra de leche equivale al 90% de la producción, son Colún, Soprole, Nestlé, Watt's, Lactalis, Surlat, Valle Verde y Quillayes.

20.7. Posteriormente, Nestlé realizó un análisis del mercado relevante geográfico. En primer lugar, se refirió a la Región Metropolitana, resaltando que la producción habría disminuido en términos de peso relativo. Hoy, en esa

región se produce solo el 8,2% del total nacional, lo que sería recibido por Soprole (70%), Quillayes (13%) y Grupo Lactalis (17%). En segundo lugar, en el caso de la VIII Región, Nestlé afirmó que en ella se produce el 6,3% del total de leche cruda vendida a las plantas de la industria láctea mayor. Esta producción sería recibida por Nestlé (49%), Soprole (19%), Watt's (30%) y Granarolo (2%). Por su parte, respecto a la IX región, afirmó que representa cerca de un 6% del total de producción nacional. La producción sería recibida por Soprole (2%), Quillayes (19%) y Surlat (79%). Finalmente, sobre la producción en las regiones XIV y X, de acuerdo a Nestlé, éstas concentrarían cerca del 80% de la producción (dados los menores costos). La producción sería recibida por Colún (34%), Soprole (19%), Nestlé (18%), Watt's (14%), Grupo Lactalis (7%), Lácteos Osorno (2%), Valle Verde (5%) y Chilolac (1%). La participación de Colún habría crecido, especialmente en la XIV región (88%), mientras que Soprole y Nestlé habrían disminuido su participación.

21. A fojas 259, mediante Oficio Ordinario N° 493 de 27 de julio de 2018, el Ministerio de Agricultura aportó antecedentes y señaló que tanto él como Oficina de Estudio y Políticas Agrarias ("ODEPA") tienen la intención de cooperar en el procedimiento, toda vez que para el Ministerio de Agricultura y sus servicios resulta de vital importancia promover la transparencia y evitar la discriminación, especialmente, a los pequeños y medianos productores, a fin de propiciar mejores niveles de competencia en este mercado.

22. A fojas 265, Fedeleche, aportó antecedentes y destacó, en primer lugar, la inadmisibilidad de la consulta, ya que ésta escondería la naturaleza de recurso y por medio de ella Watt's pretendería modificar una sentencia que se encuentra firme y ejecutoriada (desde hace 14 años). A su entender, Watt's por medio de la consulta, pretendería minimizar los incumplimientos de la Sentencia que ha realizado.

22.1. Por otro lado, Fedeleche aseveró que la consulta intentaría afectar el efecto relativo de la Sentencia, dado que las medidas habrían sido impuestas en un proceso contencioso, en el que sólo resultaron obligadas las requeridas, quienes gozaban de una posición dominante. De esta forma, sólo podrían volver a analizarse las medidas en virtud de un nuevo proceso

contencioso. A lo anterior se agrega que lo consultado no es un hecho acto o contrato que puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211 (que es lo único que puede ser consultado de acuerdo a dicha normativa).

22.2. Fedeleche continúa su análisis destacando que las medidas impuestas no tendrían un carácter mixto especial, por el contrario, serían contenciosas y tendrían por objeto modificar conductas que, según el Tribunal, tenderían a producir efectos anticompetitivos. Así, desde el punto de vista de la libre competencia, sería mejor que la obligación de publicar pautas de precios sólo la mantengan las empresas dominantes en el mercado, que son quienes podrían abusar de dicho poder en contra de los productores de leche cruda. Asimismo, las empresas que detenten poder de mercado, debieran tener especial cuidado en cuanto a establecer políticas de precios objetivas y no discriminatorias.

22.3. Luego, Fedeleche expuso la situación actual del mercado, indicando que, contrario a lo señalado por Watt's, el mercado de procesamiento de leche se habría concentrado, debido a diversas adquisiciones (por ejemplo, la compra de Danone por parte de Watt's) y la escasa entrada de nuevos procesadores. Existiría una clara tendencia al alza en las compras de leche de las principales compañías procesadoras, Colún, Soprole, Nestlé y Watt's, y una baja sostenida en cantidad de litros de leche fresca recibida por las pequeñas procesadoras, a diferencia de la posición que estas últimas mantenían para el año 2004, cuando, en conjunto, el segundo lugar del mercado.

22.4. Respecto a la definición de mercado relevante del producto, Fedeleche coincide con las definiciones de la Sentencia, así como por la elaborada por la FNE en dicho proceso. Sobre el mercado relevante geográfico, este aportante de antecedentes afirmó que existen dos posibles definiciones. Así, mientras en un principio la FNE y la Sentencia se inclinaron por la definición de mercado a nivel regional, luego, en la consulta rol NC N° 385-10, la FNE esbozo la idea de un mercado nacional. Para Fedeleche ambas definiciones tienen consecuencias. Si el mercado es nacional, el hecho que las empresas tengan pautas de precios diferentes por regiones implicaría una discriminación arbitraria de precios. Si, por el contrario, el mercado es regional y

el precio de la región con mayores ventajas comparativas es el que se fija en el resto del país, ello implicaría una discriminación por pagarse precios iguales a quienes debieran tener un tratamiento diferente.

23. A fojas 373, la FNE, aportó antecedentes destacando que, en atención a que en la Sentencia se dispusieron medidas que suponen su intervención, habría desarrollado investigaciones, tanto sobre la fiscalización del cumplimiento de la Sentencia, como en base a denuncias interpuestas por distintos actores del mercado lácteo. Entre ellas destacarían: (i) el Informe de Fiscalización de cumplimiento de la Sentencia, de 10 de enero de 2011; (ii) las investigaciones Rol FNE N° 1966-11 y 2415-16, acumuladas, cuyo informe de archivo es de 22 de enero de 2018; y (iii) la investigación Rol FNE N° 2498-18, sobre el cumplimiento de la Sentencia, actualmente en curso.

23.1. A continuación, la FNE afirmó que las medidas impuestas en la Sentencia serían medidas de conducta aplicables al mercado de venta de leche cruda, entre las que se encuentra la publicación de pautas de precios por parte de las empresas con mayor participación: Soprole, Nestlé y Watt's. El fundamento de éstas se encontraría en la falta de información y transparencia presente en el mercado, que, sumados a la concentración del poder de compra que tenían las obligadas, facilitaría la coordinación, el reparto de mercado y la discriminación arbitraria de precios.

23.2. Por otro lado, respecto a las definiciones de mercado relevante, la FNE señala que el mercado relevante del producto correspondería a la recepción de leche cruda para su procesamiento y elaboración de productos lácteos, producto perecible y que requiere de sistemas de refrigeración para su transporte, aspecto que impondría un costo relevante en su traslado, limitando su área de influencia a un área acotada. En esta línea, el mercado relevante geográfico estaría dividido en dos: (i) Región Metropolitana y (ii) Zona Sur (regiones del Bío Bío, La Araucanía, de los Ríos y Los Lagos).

23.3. La FNE afirmó que, según volumen de recepción de leche cruda, en la Región Metropolitana participarían principalmente Soprole (quien concentra cerca del 80% del mercado), Quillayes y recientemente el Grupo Lactalis.

En la Zona Sur participarían Nestlé, Prolesur, Watt's, Colún (actor relevante pero que, dada su organización, no genera presión competitiva), Surlat y Quillayes. Por su parte, según capacidad instalada de procesamiento, en la Región Metropolitana Soprole sería la empresa con mayor capacidad, concentrando un 92,2% de la misma, mientras que en la Zona Sur destacarían Nestlé, Watt's, Prolesur y Surlat. Colún habría incrementado su capacidad, con la singularidad que su aprovisionamiento proviene de sus cooperados.

23.4. La Fiscalía describió la situación actual del mercado y, al contrario de lo indicado por Watt's, considera que las condiciones no se han mantenido, sino que han empeorado. A juicio de la FNE, existiría una alta atomización de productores, baja movilidad de estos y alta concentración en el segmento de procesadores con posición dominante, lo que se traduciría en un bajo nivel de competencia.

23.5. Respecto de la obligación de publicar las pautas de precio, la FNE indicó que ésta favorecería, entre otros factores, una interdependencia entre Watt's, Nestlé y Soprole. Además, dicha obligación habría anulado todos los espacios de discrecionalidad y posibilidad de establecer diferenciaciones entre productores, lo que se aprecia, en particular, en algunos criterios para el ofrecimiento de contratos y en los términos, condiciones y prácticas de formalización de los mismos.

23.6. De acuerdo a la Fiscalía, no se justificaría extender la obligación de publicación de pautas a cooperativas con estructura verticalmente integrada entre producción y procesamiento de leche, ni respecto de los procesadores de menor tamaño. Si dichos actores publican pautas podrían generarse señales de precio equívocas e inútiles y se aumentarían los riesgos de coordinación. Así, para la FNE no es problemática la existencia de una regulación asimétrica, en virtud de la cual las dominantes tengan obligaciones especiales. Este tipo de disposiciones no sería extraña en materia regulatoria y de competencia, existiendo ejemplos en nuestro medio y en derecho comparado, incluso algunos referidos al mercado lácteo.

23.7. En definitiva, si bien el mecanismo de las pautas de precios habría reducido el ámbito para eventuales discriminaciones explícitas entre productores en iguales condiciones, también conllevaría riesgos relacionados a una mayor coordinación y reducción de independencia en las decisiones de los actores dominantes. Por lo tanto, la FNE indica que sería deseable evaluar otros mecanismos que no incidan de forma desfavorable en la competencia.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

24. A fojas 407 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 19 de diciembre de 2018, a las 9:30 horas. La publicación en el Diario Oficial de la citación a dicha audiencia se efectuó, según consta a fojas 408, el 22 de noviembre de 2018, mientras que la publicación en la página web del tribunal se realizó el 29 de noviembre de 2018.

25. En la audiencia pública, como consta a fojas 690, intervinieron los apoderados de la consultante y de los aportantes de antecedentes Colún, Soprole, Prolesur, Fedeleche y la FNE.

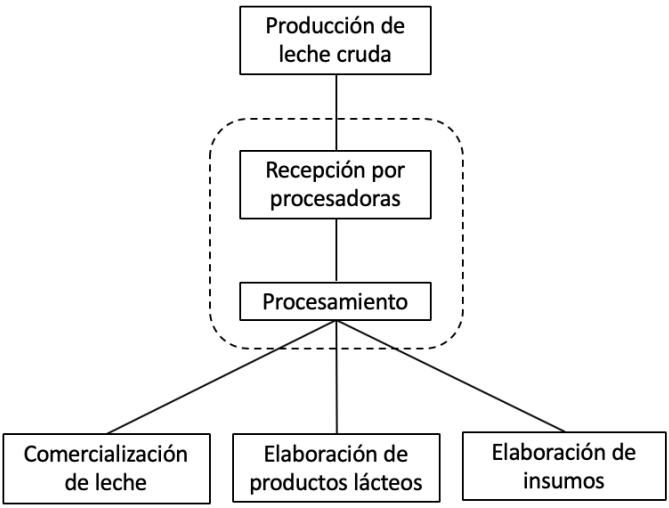
II. PARTE CONSIDERATIVA

26. En términos generales y como hemos mencionado, la consulta de autos dice relación con las reglas y condiciones que deben imperar en las relaciones que se dan entre algunos de los participantes de lo que puede denominarse de modo amplio como el "mercado de la leche"; en particular, entre los productores de leche fresca y los intermediarios que desarrollan los productos que finalmente llegan al consumidor (procesadores). Como se verá, desde 2004 y por disposición del Tribunal, la adquisición de leche fresca por parte de algunos procesadores a los productores se encuentra regida por "pautas de precios" (o "pautas de compra") públicas, las que establecen el precio a pagar y las condiciones asociadas a dicha actividad. La consulta solicita, de manera especial, un pronunciamiento acerca de si tales pautas deben continuar vigentes en el mercado, atendidas las condiciones actuales de competencia, y, en caso afirmativo, si deben ser extendidas a todos los procesadores del mercado.

27. A modo de contexto, es conveniente describir en forma breve y simplificada las distintas etapas por las cuales pasa la leche hasta ser convertida en productos finales, las cuales son mostradas de modo esquemático en el Cuadro N° 1.

CUADRO N° 1

ETAPAS EN LA INDUSTRIA DE LA LECHE



Fuente: Elaboración propia.

28. La primera etapa es la de producción de leche fresca. Esta última se obtiene de planteles de vacas lecheras a partir de procedimientos de ordeña manual y mecanizada. Se trata, sin embargo, de un producto que no es completamente homogéneo, pues su calidad depende de múltiples factores, incluyendo el tipo de raza bovina, la alimentación suministrada a los animales, la tecnología de extracción utilizada, el almacenaje y el transporte. De acuerdo con lo sostenido por la FNE en el Informe de Archivo de las investigaciones Rol FNE N° 1966-11 y 2415-16, acumuladas, de 22 de enero de 2018 (fojas 320) en el último tiempo se habría producido un aumento de los costos de los productores, por sequía y precios de sus principales insumos; un incremento de la volatilidad de precios internacionales de referencia; y la disminución de la producción total de leche cruda y del número total de productores.

29. La segunda etapa consiste en la recepción de la leche por parte de los procesadores, quienes compiten por captar la producción. Cuando no existe inte-

gración vertical, el procesador compra a terceros proveedores la totalidad de su producción de leche fresca, por regla general, y eventualmente les presta servicios tales como la certificación externa de calidad de la leche recibida, la infraestructura para su depósito y el transporte en camiones acondicionados para este propósito, entre otros. En el mercado chileno, este es el caso de Nestlé, Soprole, Watt's y otras. En presencia de integración vertical (esto es, cuando los productores poseen una relación de propiedad con la empresa procesadora o toman parte en sus decisiones centrales), la compra generalmente se realiza de manera casi exclusiva a los productores integrados. Este es el caso de Colún, la que se encuentra organizada bajo la forma de una cooperativa en la que los productores tienen copropiedad en ella, asignándoseles el derecho a que la totalidad de su producción sea recibida por la propia planta y a adquirir tecnología, capacitación y el uso de su red de distribución, entre otras prestaciones, recibiendo anualmente participación tanto en los excedentes como en los intereses generados. Finalmente, también existen sistemas mixtos de integración, como es el caso de Surlat, en los cuales tienen propiedad tanto productores de leche como capitales foráneos. Dadas estas estructuras, la decisión de un productor, previo a la venta de su producto, será integrarse o mantenerse en el mercado.

30. Finalmente, las plantas procesadoras, que poseen diversa infraestructura y capacidad de almacenaje, realizan el tratamiento y procesamiento de la leche, sea para su comercialización, para la elaboración de uno o más productos lácteos destinados a la comercialización o exportación, o bien para la elaboración de productos que son usados como insumos intermedios para la fabricación de otros alimentos. Los productos lácteos más relevantes son la leche en polvo (entera y descremada), leche líquida (principalmente tipo UHT envasada), leche condensada, queso, mantequilla, cremas, yogurt (en distintas variedades) y postres lácteos refrigerados.

31. Como se observa, la consulta de autos dice relación única y exclusivamente con la etapa de recepción leche cruda. Este es un punto no debatido entre los aportantes de antecedentes, quienes en general consideran esta etapa como el mercado relevante del producto para efectos de esta causa, según se da cuenta a fojas 148 (informe económico acompañado por Watt's), 247 (Nestlé), 373 (FNE) y 411 (informe económico acompañado por Colún).

32. Sin embargo, como veremos, existe cierto debate respecto de la extensión del mercado geográfico. Diversos aportantes de antecedentes han destacado que la competencia relevante por la recepción de leche fresca se da entre plantas procesadoras que se encuentran en una determinada zona, principalmente porque, como mencionamos, al ser la leche fresca un producto perecible, se requieren sistemas de refrigeración para su transporte, lo que impone costos relevantes en su traslado y limita, por ende, el área geográfica.

33. De la revisión de lo consultado, dentro del ámbito delimitado para ello, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

i. Desde la dictación de la Sentencia hasta la fecha, el cambio más trascendente en el mercado de la compra de leche fresca no se ha dado en sus condiciones estructurales, sino en la manera como se relacionan productores y procesadores. En efecto, independiente de lo señalado en aquella, los contratos escritos han adquirido una mayor relevancia, al menos en el caso de dos de las procesadoras sobre las que recayeron obligaciones. Atendido el ámbito de la consulta, descrito en la sección II.A., no nos pronunciaremos acerca de este hecho, sino que lo tomamos como dado para efecto de nuestro análisis.
ii. A pesar de lo anterior, continúa existiendo en el mercado un porcentaje relevante de compra *spot* (es decir, no sometida a un contrato escrito, sino solamente a las pautas de precio). Esto provee una buena justificación *prima facie* para mantener la necesidad de contar con pautas de precios públicas en los mismos términos indicados en la Sentencia. Por lo demás, las pautas han permitido cumplir de forma eficaz con los objetivos de transparencia y uniformidad de las condiciones para la compra de leche fresca establecidos en aquella Sentencia.
iii. Como veremos, independiente de la forma que rija las relaciones entre proveedores y procesadores –contractual o *spot*–, la compra de leche fresca puede dar lugar a relaciones de largo plazo producidas por la fidelización de los productores. En el mercado de la leche fresca, la falta de movilidad de los productores proviene en buena medida de los incentivos entregados por los procesadores, sea en las pautas o los contratos, a través de ciertos bonos o penalizaciones contrarios a la

competencia. Por tanto, tanto las pautas como los contratos requieren de cambios en su estructura para favorecer de mejor manera la competencia en el mercado.

34. En forma previa a entregar el detalle y fundamento de estas conclusiones, es necesario dilucidar algunas cuestiones jurídicas previas.

A. Acerca del objeto de esta consulta

35. Más allá de las cuestiones fácticas y económicas que deben dilucidarse, algunas de las partes del proceso han planteado que jurídicamente no resultaría posible emitir un pronunciamiento acerca del asunto consultado, atendido que su alcance y extensión excederían la competencia que el D.L. N° 211 confiere al Tribunal en este ámbito.

36. En este sentido, Fedeleche ha indicado que "*tratándose de medidas adoptadas en un procedimiento contencioso e impuestas a los requeridos en el mismo, solo en un nuevo procedimiento contencioso podrían volver a analizarse*" (fojas 268). Es decir, según este aportante, dado que la consulta se refiere centralmente a pautas de precios cuya utilización fue impuesta por vía de una sentencia emanada de un procedimiento "contencioso", una resolución emanada de un procedimiento consultivo no podría pronunciarse acerca de tales hechos.

37. Por otro lado, también se ha señalado que sería imposible la modificación de las medidas debido al efecto de cosa juzgada generado por la Sentencia. En efecto, Fedeleche sostiene que al encontrarse firme y ejecutoriada, ella produce el efecto de cosa juzgada (al menos formal) respecto de las medidas.

38. En nuestro concepto y por las razones que exponemos a continuación, afirmar que no se pueden modificar las medidas impuestas en una sentencia por medio de una resolución es jurídicamente insostenible, encontrándose la presente consulta formulada correctamente en su alcance y extensión.

39. En efecto, la presentación de Watt's se enmarca en la atribución regulada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, en virtud de la cual el Tribunal, a solicitud de

quien tenga interés legítimo, puede conocer de los asuntos de carácter no contencioso que eventualmente infrinjan la libre competencia y, en caso de que ésta sea efectivamente vulnerada, fijar las condiciones o medidas que deben ser cumplidas para que tal situación sea subsanada. Procedimentalmente, el ejercicio de esta atribución se somete al procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211 y culmina con el ejercicio de una potestad funcionalmente administrativa.

40. Como ha señalado la jurisprudencia en materia de libre competencia, el procedimiento consultivo se diferencia del contencioso (que se corresponde con la atribución indicada en el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211 y se encuentra regulado en los artículos 20 y siguientes del mismo D.L.) fundamentalmente en la posibilidad de atribuir responsabilidad a un determinado agente económico. En este sentido, la Excma. Corte Suprema ha indicado que "*en todo caso, la diferencia es sustancial si se considera que en el ejercicio de la potestad consultiva no se realiza un juicio de reproche respecto de la conducta de los agentes económicos. Lo que aquí se constata únicamente es la compatibilidad del asunto consultado con el bien jurídico protegido por el D.L. N° 211*" (Excma. Corte Suprema, rol N° 9843-2011, c.12°). En la misma línea pueden también ser destacadas nuestras resoluciones N° 53/2018 (párrafo 104) y N° 117/2011 (párrafo 21).

41. Este ejercicio de búsqueda de la compatibilidad entre la norma y la situación de hecho presentada por un interesado tiene, en todo caso, limitaciones intrínsecas, tal como ha indicado la Excma. Corte Suprema en su Sentencia de 27 de enero de 2009, rol Nº 4797-2008, c.12°: "*la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa*". Estas limitaciones, sin embargo, dicen relación con el hecho de que en esta clase de procedimiento no es posible reglar de manera general un mercado, lo que implica que la atribución del Tribunal está circunscrita por el propio acto, hecho o contrato consultado.

42. En el presente caso, como se observa, el objeto de la consulta de autos es la revisión de las condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos relativos a la compra y venta de la leche fresca y, en particular, de la obligación de publicar pautas de precio de compra impuesta en la Sentencia,

por parte de los sujetos obligados por ella, y no la determinación de la responsabilidad y sanción de un actor en particular, por lo que es claro que no existe una contienda de aquellas que corresponde conocer por medio del procedimiento contencioso del artículo 20 del D.L. N° 211. Tal como se señaló en la Resolución N° 53/2018, "*la naturaleza contenciosa o no contenciosa del procedimiento de modificación de medidas impuestas por el Tribunal no depende de la existencia de una controversia o de la persecución de la responsabilidad de un agente económico en el procedimiento anterior, sino en el actual. La falta de pretensiones contradictorias que impliquen dicha búsqueda en el segundo procedimiento exige necesariamente una tramitación no contenciosa. En sentido inverso y siguiendo la misma lógica, no existirían impedimentos jurídicos para tramitar de modo contencioso la modificación de una medida que fue impuesta en virtud de un procedimiento consultivo, en el evento que se busque la responsabilidad de un agente económico y surja la necesidad de revisar o modificar dicha medida*" (párrafo 120).

43. Lo anterior implica que el pronunciamiento en este caso sólo puede recaer sobre lo consultado y no, por ejemplo, sobre un eventual incumplimiento de la Sentencia por parte de cualquiera de los obligados por ella.

44. Enseguida, más allá de la diferencia anterior relativa a la persecución de la responsabilidad de un agente económico determinado, ambos procedimientos –consultivo y contencioso– resguardan de manera adecuada el debido proceso, sin perjuicio de las particularidades procesales que cada uno de ellos pueda tener atendida la materia de fondo sobre la cual recaen (Resolución N° 53/2018, párrafo 112). Así también lo ha ratificado la Excma. Corte Suprema, que ha señalado que *"se debe destacar que el procedimiento intentado* [consultivo] *garantiza la publicidad, transparencia e igual derecho de intervención de todos los agentes interesados en el asunto. En efecto, el artículo 31 del D.L. N° 211 contempla las siguientes oportunidades procesales: la notificación y plazo para aportar antecedentes; la circunstancia de que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente; el derecho a ser oído, plasmado en la fijación de una audiencia pública; y la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para recabar los antecedentes que considere pertinentes"* (sentencia rol N° 30190-2014, c.4).

45. Asimismo, el procedimiento consultivo tampoco se diferencia mayormente del contencioso en lo que respecta al tipo de condición o medida que el hecho, acto o contrato debe satisfacer para no atentar contra la libre competencia. En ambos casos el legislador ha entregado plena libertad al Tribunal para definir esas medidas, según se desprende de lo indicado en el artículo 3º del D.L. N° 211. Tal como se señaló en la Resolución N° 53/2018: "*En el caso del procedimiento contencioso, el artículo 3º, inciso primero, del D.L. Nº 211, establece que se podrá sancionar a un agente económico 'con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que… puedan disponerse en cada caso'. En otras palabras, el artículo 26 del D.L. N° 211 sólo especifica lo señalado de modo más genérico en el artículo 3º del mismo D.L. Por su parte, en el caso del procedimiento consultivo el artículo 18 Nº 2 del citado D.L. permite al Tribunal 'fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos', las que consisten, precisamente, en medidas, o también llamados remedios, de carácter preventivas, correctivas o prohibitivas"* (párrafo 108).

46. Por cierto, lo anterior no implica que las medidas que puedan ser impuestas en el marco de un procedimiento de consulta sean idénticas a las que se refiere el artículo 26 del D.L. N° 211. La referida especificación de la norma general no supone desatender las potestades que en cada caso ejerce esta magistratura. Así, mientras las medidas establecidas en esta última disposición tienen un carácter sancionatorio, las adoptadas en el procedimiento de consulta carecen de tal naturaleza, por cuanto –reiterando– no conllevan aparejada la responsabilidad de agente alguno, sino que suponen una mirada prospectiva, que evite hacia el futuro la concreción de los riesgos para la libre competencia que sean establecidos como probables en la resolución que pone término al procedimiento de consulta.

47. Atendido, entonces, que las medidas en un procedimiento consultivo deben ser fijadas considerando las características del hecho, acto o contrato consultado, su contenido y ámbito de aplicación es amplio. Por lo mismo, no obstante, las diferentes potestades que se ejercen en uno y otro caso, las especiales características de un hecho, acto o contrato particular pueden llevar que las medidas establecidas en un procedimiento consultivo sean análogas a algunas

de las indicadas en los literales del artículo 26, lo cual ocurrirá con mayor probabilidad en relación con las de las letras a) y b) de esa disposición.

48. Lo anterior ha sido sostenidamente ratificado en la jurisprudencia. Como se señaló en la Resolución N° 86/2009, "*un medio fundamental con el que cuenta este Tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones –de llevarse a cabo–, se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia*" (c.3º). Asimismo, la Excma. Corte Suprema ha indicado que "*puede asumirse que el legislador no predeterminó el contenido de las medidas de mitigación o condiciones necesarias para la realización de un negocio jurídico, sino que por medio de una norma abierta optó porque el juzgador de libre competencia las individualizara caso por caso en relación con las exigencias concretas* [...] *por otra parte, en virtud de la regla exegética de interpretación, es nítido que el legislador en materia de libre competencia otorgó al TDLC las facultades de fijar condiciones en el ejercicio de la mencionada función consultiva sin establecer una enumeración o catálogo taxativo de medidas de mitigación que pudieran imponerse*" (Excma. Corte Suprema, rol N° 9843-2011 c.10° y 12°).

49. Finalmente, todas las características anteriores (las diferencias en cuanto a su objetivo y potestades ejercidas, y las similitudes en términos de garantías procesales y medidas posibles de ser adoptadas) hacen que la alegación de cosa juzgada no deba ser acogida en el presente caso. Tal como se sostuvo en la Resolución N° 53/2018, "*lo relevante en la cosa juzgada en los procesos de libre competencia de interés público no son las partes, sino los hechos, de modo que sólo se vería infringida ante una revisión de los mismos hechos. Por tanto, la cosa juzgada no se vería afectada ante la revisión contenciosa o no contenciosa de nuevos hechos que involucren a las mismas partes, y la exigencia de que estas gocen de las garantías del debido proceso en el nuevo procedimiento de revisión no se funda en el efecto de cosa juzgada de la sentencia anterior, sino en la necesidad de oír a todos los interesados que podrían verse afectados por la nueva medida (cuestión garantizada en el procedimiento consultivo)*" (párrafo 121). Dicho de otro modo, la cosa juzgada meramente formal en un procedimiento anterior no puede constituir en sí misma una causal para abogar por la inmutabilidad de las medidas impuestas en dicho procedimiento.

50. Subyacente a lo anterior se encuentra el objetivo disuasivo (futuro) de las medidas que pueden ser establecidas en un procedimiento de libre competencia (sea contencioso o consultivo, según se ha indicado). En este caso, con su imposición se busca corregir prospectivamente los efectos anticompetitivos producidos en un mercado determinado, los que a su vez han sido establecidos luego de un análisis que se realiza prioritariamente de forma estática, esto es, considerando un momento determinado del tiempo, aun cuando también se tomen en cuenta (de modo muy relevante) aspectos dinámicos. Ello implica un reconocimiento de la imposibilidad de predecir todas las variaciones que pueden presentarse en la evolución de un mercado. Por ello, como se explicitó en la Resolución N° 53/2018, "*las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio* rebus *sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N° 147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio" (párrafo 123).*

51. Sin embargo, con la finalidad de que los agentes económicos tengan certeza jurídica respecto a cómo conducir sus actos, cualquier modificación de las medidas sólo debe regir hacia el futuro. "*De esta forma se respeta el principio de confianza legítima respecto de los actos previos del tribunal, porque los agentes económicos podrán ejecutar o celebrar sus actos o contratos con la certeza de que serán conformes a la libre competencia, a pesar de un cambio de circunstancias, mientras no se adopte una nueva medida constitutiva"* (Resolución N° 53/2018, párrafo 125).

52. En suma y de acuerdo con todo lo expuesto, no existen impedimentos jurídicos para abocarse al asunto consultado, esto es, las condiciones que deberán ser cumplidas a partir de la resolución que se dicte en estos autos, en los hechos,

actos y contratos relacionadas con la recepción y compra de leche cruda, y en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche.

53. Sin perjuicio de todo lo expuesto, tal como se ha señalado (*supra* párrafo 41), el objeto del procedimiento consultivo se diferencia de aquella facultad del Tribunal regulada en el artículo 18 N° 3 del D.L N° 211, de manera tal que por medio de aquel no es posible regular el mercado de manera general, como si se tratara de una instrucción de carácter general. Por ello, no es posible revisar las condiciones de compra y venta de todo el mercado de leche fresca de un modo general, como se solicita en la primera parte del petitorio de la presentación de Watt's.

B. Acerca de la Sentencia N° 7/2004 y las condiciones de competencia vigentes al tiempo de su dictación

54. Un análisis adecuado del hecho consultado en el presente caso requiere comprender, ante todo, la situación del mercado de que dio cuenta la Sentencia N° 7/2004, de modo de comprender los fundamentos que se tuvieron en consideración al dictar las medidas impuestas, en particular, las pautas de precio de compra aplicables a algunos actores del mercado. Esto se detalla en la sección II.B.2. siguiente. Previamente, es conveniente recordar los hechos que dieron lugar a dicha sentencia y su contenido central (sección II.B.1.).

B.1. Antecedentes procesales de la Sentencia N° 7/2004

55. La Sentencia tiene su origen en el Dictamen N° 1/1996 pronunciado por la H. Comisión Preventiva Regional de la IX Región el 28 de mayo de 1996, el que a su vez tiene como base los antecedentes proporcionados por la Fiscalía Regional Económica por medio del Informe de 23 de mayo 1996, con el cual concluyó su investigación Rol N° 06/95.

56. En el Dictamen N° 1/1996 la H. Comisión Preventiva Regional de la IX Región se pronunció acerca de la conducta de abuso de posición dominante imputada por la Fiscalía Regional a las empresas Lechera del Sur S.A. ("Lechera del Sur"), Soprole, Loncoleche y Parmalat, quienes, de acuerdo con el informe de

dicha fiscalía, operaban como un oligopsonio discriminador de precios en las compras de leche fresca. La H. Comisión Preventiva Regional aprobó el informe y estimó que las empresas incurrieron en conductas atentatorias que "*principiaban con el reparto de cuotas de mercado y de los proveedores, seguido, de la negativa de compra como instrumento para asegurar la mantención de las cuotas concordadas entre las respectivas plantas y la permanencia clausurada, sin posibilidad real de movilidad, de los proveedores, el posterior abuso de la posición dominante lograda, que es ejercicio a través de la disminución arbitraria de precios de compra, manipulación de resultados de análisis de calidad o propiedades de la materia prima a efectos de incidir sobre el proceso de determinación del precio, u finalmente de la discriminación entre productores en relación con el precio que se fija como consecuencia de conocer su elasticidad precio de oferta*" (c.5, Dictamen N° 1/1996, 28 de mayo 1996. Comisión Preventiva Regional IX Región de la Araucanía, fojas 2, expediente Rol C N° 01-04).

57. El Dictamen N° 1/1996, además, solicitó al Fiscal Nacional Económico que formulara un requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva contra las empresas Lechera del Sur, Soprole, Loncoleche y Parmalat. Contra ese dictamen, las empresas Loncoleche y Soprole dedujeron recursos de reclamación, dando lugar al expediente rol N° 511/96 de la H. Comisión Resolutiva, la cual decidió abocarse de oficio a su conocimiento y solicitar un informe al Fiscal Nacional Económico.

58. Atendida la orden dada por la H. Comisión Preventiva Regional de la IX Región, el Fiscal Nacional Económico amplió, el 8 de agosto y 4 de septiembre de 1996, la investigación del mercado lechero a las regiones VIII y X, encontrando evidencia de conductas similares a las descritas para la IX región.

59. De esta forma, el 23 de junio de 1997 (a fojas 76 del expediente rol C N° 01-04) el Fiscal Nacional Económico informó y a la vez dedujo requerimiento en contra de Nestlé (Lechera del Sur), Parmalat, Watt's (Loncoleche), Colún y Dos Álamos, imputándoles el haber llevado a cabo una serie de conductas que habrían tenido por objeto y efecto eliminar, distorsionar y entorpecer la competencia en el mercado nacional de adquisición y procesamiento de leche bovina, en particular en las regiones octava, novena y décima del país. Con ello se da origen al procedimiento rol C N° 01-04.

60. Según se especifica en la parte expositiva de la Sentencia N° 7/2004 , la FNE imputó las siguientes conductas: (i) el reparto de cuotas de mercado, figura que se presentaría en las tres regiones mencionadas y que se conformaría a partir de pactos de no agresión celebrado entre las plantas; (ii) una negativa de compra, constituida por la eventual negativa de cada planta respecto de productores que usualmente proveen a diferentes plantas; (iii) la disminución y discriminación de precios, que se expresaría mediante el pago de un precio final por litro de leche superior para productores que cuentan con grandes volúmenes de entrega, respecto de los medianos y pequeños, o mediante el pago de un precio final diferente a productores que entregan un producto similar, sin razones objetivas para ello; y (iv) opacidad en el proceso de toma de muestras.

61. Además la FNE solicitó, como medida precautoria, que se estableciera la obligación, para cada una de las procesadoras ubicadas en las regiones señaladas, de publicar en lugares visible de sus plantas u oficinas y en medios de prensa de circulación nacional o local, la plantilla completa los parámetros y criterios que utilizaban para determinar el precio final a pagar por litro de leche, indicando precio base, bonificación por calidad, bonificación por materia grasa, bonificación por estacionalidad, bonificación por entrega en estanque de enfriamiento, otras bonificaciones y castigos. A fojas 119 del expediente rol C N° 01-04, se dio lugar a dicha medida.

62. A fojas 702 expediente rol C N° 01-04 consta la presentación de 9 de septiembre de 1997, en la que Colún solicitó ser excluida del requerimiento, atendido que: (i) solo se le imputaban los cargos de "reparto de cuotas de mercado y negativa de compra"; (ii) no existía antecedente o prueba alguna que acreditara que Colún directa o indirectamente hubiera incurrido en dichos cargos; (iii) la Sociedad Nacional de Agricultura Federación Gremial, parte de la causa, reconoció que Colún no había infringido norma alguna del D.L. N° 211; y (iv) por sus condiciones estatutarias y operacionales, Colún no podría negarse a comprar leche de sus cooperados ni podría haberse repartido cuotas de mercado, ya que solo adquiere un 2% de sus compras a terceros no cooperados. A fojas 819 del expediente rol C N° 01-04 la FNE se pronunció sobre la materia, señalando que, dada la estructura jurídica de Colún, las características y destinos de los excedentes de la empresa y la escasa relevancia de las operaciones correspondien-

tes a proveedores que no tenían la calidad de asociados, y que podrían estar relacionadas con las conductas imputadas, hacían de Colún un demandante de leche fresca por entero diferente a las demás empresas requeridas. La FNE declaró que Colún no había incurrido, en esa ocasión, en las prácticas que se le imputaban en el requerimiento formulado. Finalmente, a fojas 820 del expediente rol C N° 01-04 la H. Comisión Resolutiva, en mérito de lo señalado por la FNE y de los antecedentes de autos, aceptó la solicitud de Colún y la excluyó del requerimiento.

63. De acuerdo con lo sostenido por la FNE en su requerimiento, las requeridas originales (esto es, incluyendo a Colún) demandaban un 87% de la leche fresca, demanda que habría aumentado aproximadamente al doble entre los años 1987 y 1995.

64. Asimismo, la FNE indicó que los productores de leche fresca estaban atomizados y dispersos geográficamente en sectores rurales; que no se estructuraban en organizaciones que les permitieran intercambiar información acerca de las características y variables relevante del mercado; que no conformaban asociaciones para la comercialización del producto; y que enfrentaban una alta rigidez de corto plazo en su curva de oferta debido a la rápida perecibilidad del mismo.

65. En lo que respecta al precio de compra pagado por las plantas procesadoras a cada productor por litro de leche, éste habría sido determinado de la siguiente forma: primero, cada planta informaba (o debía informar) un precio base por litro para un período determinado. Luego, a este precio se le sumaba (o restaba) el resultado de la aplicación de una serie de factores relativos a la calidad del producto, el volumen entregado, la estación del año de que se tratare (invierno/verano), al tipo de almacenamiento (en frío o estanque), el porcentaje de materia grasa, entre otros.

66. La FNE sostuvo que "*no existen contratos por escrito entre las partes (productor-planta). La relación se traba en la práctica por la vía de la adscripción de cada productor a una planta lechera que– en teoría– le informa su pauta para la determinación del precio de litro de leche (Tabla de Factores de Bonificación)* (...)

las plantas lecheras no asumen más obligación que la de informar los cambios de la mencionada pauta; en otras palabras, las empresas pueden alterarlas unilateralmente varias veces en el curso de un año" (fojas 91 expediente rol C N° 01-04).

67. Posteriormente, la Sentencia (i) acogió los recursos de reclamación interpuestos por Watt's (Sociedad Agrícola y Lechera Loncoche S.A.) y Sociedad de Productores de Leche S.A. en contra del Dictamen N° 1/96 de la Comisión Preventiva de la IX Región, el que se dejó sin efecto en todas sus partes; (ii) rechazó el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Nestlé, Parmalat, Soprole, Watt's y Dos Álamos por estimar que no había quedado suficientemente probada la existencia de un acuerdo de reparto de mercado, negativa de compra y acuerdo de precio, así como las demás conductas derivadas de dichos acuerdos y otros hechos imputados; y (iii) acogió el requerimiento en contra de Nestlé, en su calidad de continuadora legal de Lechera del Sur S.A., sólo en lo que respecta a la ejecución de conductas de discriminación arbitraria, condenando a dicha empresa a una multa.

68. Sin perjuicio de lo resuelto, con el objeto de mejorar las condiciones competitivas en el mercado identificado en la Sentencia, fueron impuestas sobre las requeridas Nestlé, Soprole y Watt's las siguientes medidas: (i) mantener un listado de precios de compra en el que fueran detallados los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados; (ii) anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca; (iii) fundar su negativa de compra a los agricultores que les efectuaran ofertas por escrito; (iv) llevar un registro de las ofertas que rechazarán, e informar a la FNE semestralmente los cambios significativos de compra a clientes antiguos así como la incorporación de nuevos; (v) abstenerse de usar en la determinación del precio el cuociente histórico entre entregas de invierno y entregas de verano; y (vi) diseñar un sistema de toma de muestras que diera garantías a todas las partes involucradas (6 meses), el cual debía ser aprobado por la FNE (sujeto a que ésta solicitara al Ministerio de Agricultura tal tarea en caso de no hacerlo).

69. La publicación de pautas de precios y su aplicación a las relaciones comerciales con los productores de leche no quedó circunscrita únicamente a aquellos ubicados en las Regiones VIII, IX y X. Por el contrario, la Sentencia dispuso

que las medidas "*deberá*[n] *considerarse en los actos o contratos que se ejecuten o celebren en este mercado, como asimismo en el resto de las regiones del país*" (resuelvo cuarto).

B.2. Condiciones de mercado de que da cuenta la Sentencia Nº 7/2004

70. Las obligaciones impuestas en la Sentencia mencionadas en el párrafo 68, en particular, la obligación de publicar pautas de precios que debían regir en las compras de leche fresca, se basaron en un análisis de las características específicas del mercado, tanto estructurales como de funcionamiento. Entre las primeras se encuentra la delimitación del mercado del producto, para luego abocarse al "ámbito" geográfico de análisis, la caracterización de los agentes económicos que participan en el mercado y un examen de las posibles barreras de entrada y salida. El funcionamiento se refiere a la manera concreta cómo se relacionan o vinculan los distintos participantes.

71. En lo que respecta a las características estructurales del mercado, la Sentencia indicó simplemente que el mercado del producto era "el mercado de la leche". Asimismo, no hizo una mención explícita al mercado relevante geográfico, sino que sólo expuso un análisis de concentración regional en la recepción de leche en planta para el año 1995 en las regiones Metropolitana, VIII, IX y X, y posteriormente una evolución de participación de las principales empresas en las tres últimas regiones mencionadas (detallado *infra* en párrafos 73 y 75).

72. En este contexto, la Sentencia indicó que cerca del 100% de la distribución de leche fresca destinada a plantas de procesamiento era producida en las regiones Metropolitana, Octava, Novena y Décima, y que ésta última región era la mayor proveedora, con más de un 60% de la recepción total en plantas (c.23°).

73. En lo que respecta a los agentes económicos, la Sentencia sostuvo que, en general, la oferta de leche fresca era efectuada por una multiplicidad de productores de diversos tamaños y con baja organización, mientras que el procesamiento se concentraba en muy pocos actores (c.23°). En específico, la participación de los procesadores en la adquisición de leche fresca al año 1995, en las regiones antes mencionadas, se muestra en el Cuadro N° 2:

CUADRO N° 2

CONCENTRACIÓN REGIONAL EN LA RECEPCIÓN DE LECHE EN PLANTA (1995)

RM	%	VIII Región	%	IX Región	%	X Región	%
Soprole	66,9	Nestlé	48,7	Loncoleche	41,1	Nestlé	24,3
Los Fundos	11,5	Soprole	33	Parmalat	30,9	Colún	20,9
Santiago	9,5	Parmalat	18,3	Soprole	15	Loncoleche	17,3
Quillayes-P	8			Lechera-Nestlé	12,9	Soprole	13,3
L. Pirque	4,1			Calan		Dos Álamos	12,5
				LB		Lechera	11,7
% del total de la leche entregada en planta	100		100		83		91

Fuente: Sentencia N° 7/2004.

74. Como se observa, en esa época se evidenciaba la presencia de un procesador preponderante en cada región: Soprole en la Región Metropolitana, Nestlé en la Octava y Loncoleche en la Novena. Sólo en la Décima Región existía un mayor número de compradores, ya que a las tres mencionadas (que mantenían de todos modos participaciones altas) se unía Colún.

75. Más allá de la concentración regional, la Sentencia también dio cuenta de la estabilidad de las participaciones de mercado de los procesadores en el período 1990-96, según se muestra en el Cuadro Nº 3. La única excepción se dio en el caso de Nestlé, que el año 1996 evidenció un incremento de casi diez puntos porcentuales en su participación, lo que, sin embargo, respondió a la situación puntual de adquisición de Lechera del Sur.

CUADRO N° 3

EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO (%) DE LAS PRINCIPALES EMPRESAS PROCESADORAS DE LECHE EN REGIONES VIII, IX Y X ENTRE LOS AÑOS 1990-96

Empresa / Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Lechera Sur	12,47	12,25	12,47	11,68	12,04	10,93	0,00
Nestlé	24,34	23,86	24,34	24,60	22,92	24,22	34,10
Soprole	11,25	13,73	12,50	12,49	14,71	12,50	16,51
Parmalat-Soprocar	7,32	7,47	7,41	6,83	7,03	7,50	7,23
Loncoleche	19,11	18,35	18,48	18,87	18,83	19,88	18,84
Dos Álamos	9,85	9,85	10,02	10,14	9,66	9,37	7,92
Colún	15,65	14,48	14,80	15,40	14,80	15,59	15,38
Total	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: Sentencia N° 7/2004.

76. La importante concentración del poder comprador por parte de los procesadores a nivel regional se reflejaba además en un poder de compra general en el mercado total. Mientras la leche recibida en plantas procesadoras alcanzaba al 70% de la producción total, el 30% restante era destinado a otros propósitos, tales como el consumo en predios o la venta a pequeños productores de quesos y similares (c.23°).

77. Finalmente, la Sentencia no realizó un análisis detallado de las barreras de entrada o salida de los distintos segmentos del mercado. En este sentido, sin perjuicio de que sostiene que a la fecha de su dictación no existían tales barreras en el mercado de la leche, también indica que la *"oferta compradora"* era escasa y estaba representada por sólo *"cuatro o cinco empresas procesadoras"* (c.46°). De esto se sigue que la referencia a la ausencia de barreras sólo está hecha al segmento productor, sin que haya existido un pronunciamiento expreso respecto del procesamiento.

78. Dado todo lo anterior, la Sentencia estimó necesario "*precaver que estas empresas –que en conjunto tienen una posición dominante en el mercado– celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precios*" (c.46°). Lo anterior, en atención a que "*el mercado de la leche fresca de las Regiones VIII, IX y X, adolece de imperfecciones y muestra una falta de transparencia que es necesaria corregir ejerciendo así este Tribunal el rol que la ley le asigna en orden a prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, coordinadas o no, que les permitan crear, aumentar o mantener un poder de mercado cuyo ejercicio pueda derivar en restricciones a la competencia en los mercados*" (c.46°).

79. En cuanto a la falta de transparencia, la propia Sentencia menciona que *"los productores parecían desconocer la modalidad de determinación del precio que recibirían por la leche entregada"*, a lo que se sumaba el hecho de que existían dificultades para cambiar de procesador, especialmente por la *"costumbre"* de estos de comprar toda la leche (c.47° y 50°). La Sentencia indica que el procesador podría incentivar a los productores de leche fresca a que invirtieran en mejorar la oferta de leche y, posteriormente, reducir el precio a pagar, sabiendo que dicha oferta no sólo es inelástica en el corto plazo a nivel de la

industria, sino también a nivel de cada empresa por la poca capacidad de los productores de cambiar de comprador (c.49°).

80. En lo que respecta ahora al funcionamiento del mercado, y tal como sostuviera la FNE en su requerimiento (véase *supra*, párrafo 66), la Sentencia indica que las relaciones entre productores y procesadores no se formalizaban en un documento o contrato particular, sino que a esa fecha las plantas recibían toda la leche que los productores habituales le entregaban (c.25°).

81. El precio de la leche recibida estaba determinado "*por un precio base, que se ve modificado por la aplicación de una serie de factores que reflejan la calidad de la leche, el volumen de leche entregada, la relación de la cantidad de leche entregada en invierno con respecto a la entregada durante el verano, etc.*" (c.25°). Además, se debe considerar que "*por tratarse de un mercado oligopsónico, el precio pagado a los productores puede variar con la intensidad de competencia entre plantas, y sólo bajo circunstancias muy especiales podría corresponder al de un mercado perfectamente competitivo*" (c.32°).

82. Según se indica en la Sentencia, cada planta establecía los factores de determinación del precio para un cierto período. Sin embargo, en la práctica las condiciones de compra eran modificadas (se desprende –aunque no se explicita– que de manera casuística) dentro del mismo período antes de que éste finalizara, lo que generaba incertidumbre en los productores y afectaba sus posibilidades de realizar una planificación productiva de mediano plazo que maximizara sus beneficios (c.25°). Esta incertidumbre era determinante, ya que "*la elasticidad de corto plazo en la oferta de leche fresca es muy baja. Esta situación, unida a la dificultad para cambiar de planta, daría espacio para una actitud oportunista de parte del comprador*" (c.26°). Con todo, la Sentencia también indica que este riesgo podría verse atenuado en cierta medida con los incentivos que tienen los procesadores para asegurar un abastecimiento y uso eficiente de su planta.

83. En definitiva, en lo que aquí importa, la Sentencia concluyó que en el mercado de la recepción de leche fresca existían importantes problemas en la determinación del precio y la movilidad de los productores. En efecto, indicó que "[…]

los productores parecían desconocer la modalidad de determinación del precio que recibirían por la leche entregada [...]*"* y que "[...] *existen reclamos sostenidos en cuanto a la dificultad que enfrentarían los productores para cambiarse de planta y en cuanto a la falta de garantías en la toma de muestras"* (c.47°).

84. Por lo anterior, en la Sentencia fueron impuestas las medidas descritas *supra* en el párrafo 68 (entre las que se destaca la publicación de pautas de precios), de modo de obligar "[...] *a las empresas procesadoras a establecer condiciones de compra claras y precisas, y que permitan, a su vez, al productor conocer detalladamente esas condiciones, para poder cambiar de empresa lechera o de rubro si conviene"* (c.48°).

85. En específico, se indicó que era necesario conocer cierta información básica relativa a las condiciones de comercialización, tales como descuentos por volumen, precios estacionales, forma de pago, bonificación o descuento por distancia respecto a la planta o, en general, cualquier otra condición, y que éstas fueran claras, objetivas y generales, de modo que los productores pudiesen efectuar las comparaciones que, en definitiva, determinan sus decisiones de venta.

C. Desarrollo del mercado con posterioridad a la dictación de la Sentencia Nº 7/2004.

86. En la sección precedente hemos mostrado que las pautas de precio (cuyo análisis más detallado se realiza *infra*, en la sección II.D.1.) fueron impuestas en razón de ciertas condiciones estructurales y funcionales del mercado, que consistían básicamente en una atomización de la producción *vis-a-vis* una concentración del procesamiento; en un contexto donde las transacciones se concentraban geográficamente en cuatro regiones, el principal destino de la leche fresca eran las procesadoras (las cuales, por tanto, tenían un poder de compra significativo) y el vínculo entre ambos grupos de agentes de mercado no era comúnmente formalizado por vía contractual (es decir, el mercado era principalmente *spot*), existiendo un importante nivel de opacidad en la determinación de los precios a pagar por la leche fresca producida.

87. Para dar respuesta a la consulta de autos, es fundamental analizar si estas características han sufrido modificaciones desde 2004 a la fecha. Como veremos a continuación, no existen variaciones estructurales relevantes para efectos de nuestra decisión. Funcionalmente, sin embargo, las relaciones entre productores y procesadores han pasado a estar dominadas principalmente por relaciones contractuales escritas y formales de mediano y largo plazo entre las partes. Esto no es sólo distinto de la situación de mercado anterior, sino también es diferente a la situación que vislumbró la Sentencia, que abogó por que tales relaciones estuvieran regidas fundamentalmente por las pautas de precio.

C.1. Características estructurales

88. En primer término, la definición del mercado geográfico no presenta variaciones significativas respecto de la situación imperante a la época de dictación de la Sentencia. Esto, a pesar que –como adelantamos y detallamos en los párrafos siguientes– los intervinientes presentan divergencias respecto de su delimitación.

89. En esta materia, la consultante acompañó al proceso un informe realizado por la FNE para otro proceso consultivo (que consta a fojas 11 del cuaderno de documentos de Watt's). Allí se determinó que la cercanía existente entre la planta receptora y los lugares de producción de leche fresca es el factor preponderante para delimitar el mercado geográfico. En otras palabras, éste se definiría como el sector comprendido por la zona de influencia de cada una de las plantas receptoras de leche, lo que significa, en concreto, que el mercado relevante geográfico sería regional.

90. Nestlé, por su parte, a fojas 247, señaló que la recepción de leche cruda (la que en esta Resolución hemos denominado "fresca") en Chile se efectúa desde la Región Metropolitana hasta la Región de los Lagos. No obstante, reconoce que existirían condiciones de competencia no homogéneas entre las diferentes regiones. Las plantas de recepción de leche presentarían zonas de influencia diferenciadas donde la adquisición resulta ser rentable sujeto a la distancia geográfica involucrada. Dado esto, la Región Metropolitana constituiría una sola área, atendida su lejanía con otras zonas productoras y sus particulares con-

diciones productivas. Por su parte, la VIII región presentaría condiciones competitivas particulares, tales como la presencia de varias plantas procesadoras relevantes en conjunto con un importante número de productores de leche fresca, propiciando así la generación de equilibrios competitivos propios. Algo parecido, sostiene Nestlé, ocurriría en la IX región. Finalmente, respecto de las regiones X y XIV, señaló que sería conveniente considerarlas como una sola área geográfica debido a que: (i) las plantas procesadoras se surtirían indistintamente de productores localizados en ambas regiones; (ii) existirían diferencias en densidad de las plantas procesadoras; (iii) el número de predios destinados a bovinos de explotación lechera en ambas regiones es el mayor a nivel nacional; y (iv) las distancias entre las dos regiones serían acotadas.

91. Fedeleche, a fojas 265, argumentó que serían dos las variables que justificarían delimitar el mercado relevante geográfico: el tiempo de perecibilidad y los costos de transporte. Señaló que, debido a los costos asociados, no existiría arbitraje entre diversos mercados geográficos, por lo que los productores de leche se verían obligados a vender su producción a plantas procesadoras distanciadas en un cierto radio que optimice el proceso de entrega. Así, de adoptarse un mercado geográfico la posibilidad que las empresas apliquen pautas de precios distintas por región implicaría una discriminación arbitraria de precios. A su vez, si el mercado geográfico fuese regional, el precio de la región con mayores ventajas comparativas determinaría el precio a nivel general, es decir, se produciría una discriminación por pago igualitario a quienes debiesen obtener un precio asociado a su estructura de costos.

92. A fojas 373, la FNE definió el mercado relevante geográfico estableciendo áreas de influencia. Con esta metodología, el 80% de los productores (considerando únicamente a aquellos cuyos predios están destinados a producción lechera), se ubicarían a una distancia menor a 100 kilómetros de la planta receptora y el 97% a menos de 200 kilómetros de la planta receptora. Por lo anterior, según la FNE existirían dos mercados relevantes geográficos: la Región Metropolitana y la Zona Sur (conformado por las regiones del Bío Bío, La Araucanía, de Los Ríos y Los Lagos).

93. Colún, tanto en su aporte de antecedentes como en su informe, concordó con la delimitación geográfica establecida por la FNE. A fojas 219 sostuvo que *"tal delimitación parece correcta, pues si bien la leche fresca se compra en distritos de recolección determinados por la ubicación de las plantas receptoras, el tamaño relativamente reducido del área geográfica donde se concentra la producción lechera, así como las importantes mejoras en las vías de comunicación y en los sistemas de refrigeración, hacen que las diferencias regionales tiendan a la unificación"*. Asimismo, el informe presentado por esta procesadora a fojas 411 reafirma el criterio de definir el mercado relevante geográfico en base a áreas de influencia de las plantas procesadoras (como lo hace la FNE), concordando también que ello conlleva a los dos mercados mencionados (Región Metropolitana y Zona Sur).

94. No obstante, las distintas posiciones acerca del mercado relevante geográfico antes citadas, lo cierto es que la información de autos muestra que es indiferente la delimitación del mismo que se considere, atendido que las circunstancias no han variado mayormente entre el año 2004 y la actualidad. Por ejemplo, los costos de transporte y almacenamiento que gravitan en dicha decisión no parecen haber cambiado mayormente; y las principales plantas de los procesadores más relevantes siguen en el mismo lugar. Por esto, sólo para los fines de esta consulta y teniendo en cuenta su objeto, el mercado puede ser tratado, indistintamente, como dos macrozonas o a nivel de cada región.

95. En segundo lugar, la situación estructural del mercado desde el punto de vista de la cantidad de productores y procesadores tampoco ha cambiado de manera sustantiva: la producción sigue estando atomizada y el procesamiento concentrado.

96. Por una parte, según datos aportados por la FNE a fojas 373, citando a ODEPA como fuente, existirían en Chile más de 6.000 productores comerciales de leche, concentrados principalmente entre las regiones de Los Ríos (XIV Región) y Los Lagos (X Región). En estas regiones, que abarcan el 62% de la superficie total destinada a producción lechera en Chile, se encuentra el 73% de las vacas lecheras existentes en el país.

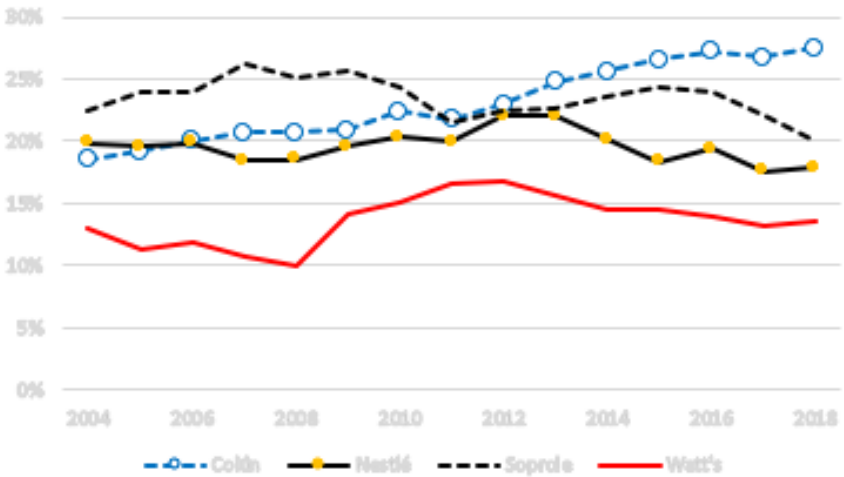
97. Asimismo, Nestlé indicó, a fojas 253, que "*según la publicación del Consorcio Lechero titulada 'Sector Lácteo de Chile. Indicadores 2016', que recoge información entregada por el 82% de los productores del total nacional, a esa fecha: (i) 960 productores (52,7%) producían menos de 500.000 litros anuales de leche* [es decir, más de la mitad]*; (ii) 544 productores (29,9%) producían entre 500.000 a 1.500.000 litros anuales de leche; y, (iii) 316 productores (17,4%) superaban 1.500.000 de litros anuales de leche fresca producida*".

98. Además, los productores manejarían poca información respecto de su propio negocio. Según cifras proporcionadas por la FNE (a fojas 380), "*el 66% de ellos declara no tener conocimiento sobre sus propios costos de producción y el 60% no llevaría registro de sus costos directos*".

99. Por otra parte, la recepción de leche fresca continúa ampliamente dominada por Colún, Nestlé, Soprole y Watt's. Es decir, no se han producido mayores movimientos a este respecto desde la dictación de la Sentencia.

100. Con todo, el mercado se ha concentrado. Los cuatro actores mencionados pasaron de una participación de mercado de un 74% en los años 2004 y 2005 a una de 80% en el período 2016-18, con un *peak* en 2013 y 2016 de un 85% de participación, tal como se muestra en el Gráfico N° 1. De hecho, de acuerdo con los datos presentados en los Cuadros N°s 4 y 5, durante todo el período analizado la participación de mercado de estas cuatro empresas procesadoras alcanzó un promedio de 80%. Aún más, al considerar la evolución de sus participaciones de mercado se observa una muy baja dispersión (coeficiente de variación de 0,05), lo que muestra su estabilidad. Por su parte, de las otras tres empresas que siguen en tamaño, el Grupo Lactalis muestra un leve aumento en su participación de mercado, mientras que Quillayes y Surlat muestran una caída en su recepción de leche fresca en estos 14 años.

GRÁFICO N° 1
RECEPCIÓN DE LECHE, EN PORCENTAJE (2004 A 2018),
POR LAS 4 PROCESADORAS PRINCIPALES



Nota: Se consideran las fusiones y adquisiciones de Watt's desde el año 2004 hasta 2018, incorporando la producción de sus adquiridas a la recepción total de Watt's. También se consideran las empresas por grupo (por ejemplo, la producción de Prolesur ha sido agregada a la de Soprole).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de ODEPA [https://www.odepa.gob.cl/recepcion-y-elaboracion-de-la-industria-lactea] (visita: 13 de Marzo 2019).

101. Se observa, además, que la recepción total de leche fresca creció un 30% en promedio entre 2004 y 2018 (es decir, un 1,9% anual en promedio). Este crecimiento no es igual, ni por año ni por empresa. Del Cuadro N° 4 se desprende que las tasas de crecimiento de recepción de leche fresca entre 2004 y 2018 de Colún, Grupo Lactalis, Nestlé, Soprole y Watt's alcanzan a 93%, 49%, 17%, 15% y 36%, respectivamente; mientras que para igual período Quillayes y Surlat redujeron sus recepciones de leche fresca en 36% y 12% respectivamente. Asimismo, ambos cuadros muestran que tal crecimiento (caída) en las compras de leche fresca no es estable por empresa, ni similar entre éstas, ya que el coeficiente de variación de los volúmenes de leche recepcionados varían entre 0,08 (Soprole) y 0,40 (Grupo Lactalis).

CUADRO N° 4

RECEPCIÓN DE LECHE, EN MILLONES DE LITROS (AÑOS SELECCIONADOS)

	2004	2005	2006	...	2016	2017	2018	Promedio	Coef. Variación
Colún	310,45	331,54	365,06		541,10	566,10	598,32	458,05	0,20
Gr. Lactalis	91,83	98,29	110,42		52,63	155,10	136,39	97,69	0,40
Nestlé	332,89	337,67	360,43		385,81	372,88	389,09	386,71	0,11
Quillayes	76,81	104,21	95,96		44,65	46,66	48,81	64,15	0,31
Soprole	377,80	412,27	436,87		477,20	465,15	433,57	462,66	0,08
Surlat	135,14	131,95	141,94		110,49	94,83	118,76	136,15	0,21
Watt's	217,26	196,23	216,56		279,27	280,61	294,94	271,35	0,20
Resto	134,30	111,09	90,87		99,86	133,72	154,53	97,09	0,33
TOTAL	**1.676,48**	**1.723,25**	**1.818,12**		**1.991,01**	**2.115,05**	**2.174,41**	**1.971,83**	**0,09**

Nota: Se consideran las fusiones y adquisiciones de Watt's desde el año 2004 hasta 2018, incorporando la producción de sus adquiridas a la recepción total de Watt's. También se consideran las empresas por grupo (por ejemplo, la producción de Prolesur ha sido agregada a la de Soprole).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de ODEPA [https://www.odepa.gob.cl/recepcion-y-elaboracion-de-la-industria-lactea]. Visita: 13 de Marzo 2019.

CUADRO N° 5

RECEPCIÓN DE LECHE, EN PORCENTAJE (AÑOS SELECCIONADOS)

	2004	2005	2006	...	2016	2017	2018	Promedio	Coef. Variación
Colún	18,5%	19,2%	20,1%		27,2%	26,8%	27,5%	23,0%	0,13
Gr. Lactalis	5,5%	5,7%	6,1%		2,6%	7,3%	6,3%	5,0%	0,40
Nestlé	19,9%	19,6%	19,8%		19,4%	17,6%	17,9%	19,6%	0,07
Quillayes	4,6%	6,0%	5,3%		2,2%	2,2%	2,2%	3,3%	0,37
Soprole	22,5%	23,9%	24,0%		24,0%	22,0%	19,9%	23,5%	0,07
Surlat	8,1%	7,7%	7,8%		5,5%	4,5%	5,5%	7,0%	0,24
Watt's	13,0%	11,4%	11,9%		14,0%	13,3%	13,6%	13,7%	0,15
Resto	8,0%	6,4%	5,0%		5,0%	6,3%	7,1%	4,9%	0,34
TOTAL	100%	100%	100%		100%	100%	100%	100%	

Fuente: Elaboración propia a partir del Cuadro N° 4.

102. En tercer lugar, en cuanto a las condiciones de entrada al mercado de recepción de leche fresca, a fojas 386 vuelta, la FNE dio cuenta de la existencia de barreras económicas relevantes provenientes de costos hundidos en la instalación de una planta procesadora, aunque no especifica el monto ni cuáles serían

esas inversiones. Sin embargo, esta es una afirmación razonablemente plausible, pues muchos activos son específicos, es decir, exclusivos para la industria láctea; y se requiere contar con plantas de tratamiento de residuos sólidos y líquidos, cuyas obras civiles no tienen un valor de reventa relevante en caso de quiebra de la firma propietaria. A mayor abundamiento, existe evidencia anecdótica que confirma este aserto. Sólo a modo ejemplar, un artículo informativo de 2018 en Estados Unidos menciona que una cooperativa lechera del estado de Michigan invertiría casi 58 millones de dólares en una nueva planta (https://www.grbj.com/articles/90104-milk-co-op-investing-579m-in-new-campus [revisado: 26 de enero de 2019]). Algo menos onerosa (30 millones de dólares) resultaría una planta productiva de lácteos para un nuevo entrante en Uruguay, según reportó en 2016 el sitio El Observador (https://www.elobservador.com.uy/nota/lactea-palestina-camino-a-inversion-de-us-30-millones--2016531500 [revisado: 29 de enero de 2019]).

103. La FNE también considera como una barrera a la entrada al segmento del procesamiento la "*generación de una marca reconocida*" (fojas 387), sin profundizar sobre este aspecto. Tampoco se aportaron en autos otros antecedentes sobre la materia. Sin embargo, efectivamente la presencia de costos hundidos endógenos (inversión en publicidad) por parte de las empresas procesadoras debiera ser alta, toda vez que la finalidad es posicionar sus respectivas marcas en un contexto de intensa rivalidad oligopólica. A modo ejemplar, para los años 2006 y 2007, las empresas Nestlé (alimentos en general) y Soprole (principalmente lácteos) aparecen entre las 15 empresas con mayor gasto publicitario en Chile. Sólo a través de avisadores, Soprole gastó en publicidad más de UF 850.000 anuales; esto es, sobre los diez millones de dólares anuales (V. Salas, D. Hernández, W. Pastén y P. Poblete, "Mercado de la Publicidad en Chile", WP 2009-001, Departamento de Economía, Universidad de Santiago).

104. Agrega la FNE que "*algunos de los incumbentes tienen capacidad de procesamiento excedentaria, incluso en épocas de máximo uso, lo que constituye una variable estratégica relevante que inhibe una posible entrada exitosa de un nuevo competidor*" (fojas 387). No obstante, en su informe de fojas 320 se hace un análisis más detallado de las holguras en capacidad de procesamiento de las empresas Soprole, Nestlé, Surlat, Quillayes, Colún, Prolesur y Watt's. De

las Tablas N° 2 y 3 de dicho informe (fojas 335 vuelta y 337 vuelta, respectivamente), que muestran los porcentajes de capacidad utilizada en litros por día, se aprecia que para la Zona Sur Nestlé y Soprole (Prolesur) utilizarían en promedio el [80-90]% de su capacidad máxima de planta (dependiendo de su planta productiva); en tanto que Watt's utilizaría en promedio un [70-80]% de su capacidad máxima por año. Atendido que lo relevante para estimar si las holguras pueden constituir una amenaza anticompetitiva a la entrada es el porcentaje promedio de la capacidad máxima de la planta, y no el porcentaje de la capacidad promedio anual de dicha planta, dadas las importantes estacionalidades presentes en la recepción de leche fresca, es que las holguras mostradas por Soprole (incluida Prolesur), Nestlé y Watt's para la Zona Sur no pueden considerarse una amenaza seria a la entrada exitosa en este mercado. Sólo las holguras de Soprole en la Región Metropolitana, con un promedio de utilización de [50-60]% de su capacidad máxima por planta, podrían dar sustento al riesgo observado por la FNE.

105. En relación con la existencia de barreras legales, la FNE, reiterando lo afirmado por Colún en su presentación de fojas 3479 en el expediente de investigaciones Rol FNE N° 1966-11 y 2415-16, acumuladas, señala que los permisos sanitarios y ambientales limitan la entrada, pues "*como es de público conocimiento, requieren inversiones y, principalmente, tiempo*" (fojas 327). Esto incluye procesos de planificación, diseño y, particularmente, aprobaciones regulatorias. A modo ejemplar, la FNE menciona que la sola aprobación de un proyecto de este tipo en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental supera los 20 meses. Todo ello podría llevar a que una planta de una empresa entrante recién se encuentre operativa luego de dos años, siempre y cuando las aprobaciones regulatorias y permisos fuesen expeditos.

106. Por otra parte, la entrada no sólo debe ser posible, sino que además debe ser suficiente en tiempo y magnitud. Así, la propia dinámica de crecimiento de un nuevo entrante en la industria láctea requiere que éste pueda captar productores a un precio competitivo. Esto, sin embargo, no sería posible en este mercado por la falta de movilidad de los productores. La FNE indica, a fojas 388, que en su Informe de Archivo de las investigaciones Rol FNE N° 1966-11 y 2415-16, acumuladas, de 22 de enero de 2018, "*verificó una escasa movilidad de produc-*

tores entre procesadoras". Entre 2010 y 2015 cerca del 90% de productores no se habría cambiado de procesadora. Este porcentaje se mantendría inalterado, según se menciona a fojas 388, si se utiliza información de 2016 a 2018. Esta falta de movilidad, agrega la FNE, se sostiene en parte en que más del 40% de los productores se encontrarían fidelizados producto de sus contratos con las procesadoras, algunas de las cuáles exigen exclusividad. Estos aspectos son analizados *infra*, en la sección II.D.2. de esta resolución.

107. En conclusión, las condiciones de entrada al segmento del procesamiento en tiempo y magnitud suficiente, no son del todo favorables. Tanto los aportantes de antecedentes (incluyendo la FNE) como la Sentencia reconocen que, si bien la entrada de un nuevo procesador es posible, se requieren importantes inversiones específicas y que esta entrada, siempre en magnitud pequeña, tomaría tiempo.

108. Más aún, la evidencia del proceso muestra que no existen muchos ejemplos concretos de tal entrada y que, de hecho, distintos aportantes califican de manera contradictoria la escasa que existe. De los antecedentes aportados en autos, es posible advertir que Surlat el año 2000 fue el último caso de ingreso de un procesador con escala productiva relevante. Respecto de ella, por un lado, Watt's señala que Surlat tendría significativas participaciones de mercado en ciertas regiones (fojas 11); por otro lado, Quillayes señala que la entrada de Surlat no sería exitosa, atendidos los malos resultados obtenidos, a que la totalidad de los socios productores vendieron su participación al controlador, y a que su recepción de leche en 2017 apenas sobrepasó el 50% de lo comprado durante 2008 (fojas 184).

109. En resumen, no hay antecedentes en autos que demuestren que las características estructurales del mercado de procesamiento o recepción de leche fresca en cuanto a su dimensión geográfica, grado de concentración y condiciones de entrada, hayan variado significativamente desde la dictación de la Sentencia. En especial, es posible sostener que las mismas empresas procesadoras allí mencionadas todavía detentan un poder de compra significativo.

C.2. Funcionamiento del mercado

110. Como adelantamos en el párrafo 33, el principal aspecto en que han variado las condiciones del mercado lechero no es estructural, sino funcional, y dice relación con la forma en que se vinculan productores y procesadores para efectos de llevar a cabo la compraventa de la leche fresca. En la actualidad, sin perjuicio de la importancia relativa que han mantenido las compras *spot* (esto es, reiterando, aquellas sometidas solamente a las condiciones establecidas en las pautas de precios), la relación entre ellos es principalmente de mediano o largo plazo a través de contratos escritos. Sólo para efectos de la exposición y para contrastar ambas relaciones, en lo sucesivo denominaremos a este último aspecto como el "mercado de contratos de largo plazo".

111. No existen antecedentes en el proceso que permitan sostener que el mercado de contratos de largo plazo no existiera del todo en forma previa a la Sentencia, pero el uso de contratos escritos no parece haber sido común. En este sentido, el aporte de antecedentes de la FNE en la causa rol NC 342-09 (que rola a fojas 15 del cuaderno de documentos de Watt's) sostiene que incluso hasta el año 2009 (fecha en que fue elaborado el informe), "*en la mayoría de los casos no se celebra un contrato por escrito y el productor tiene libertad para cambiar de procesadora*", a pesar de lo cual "*la relación planta procesadora/productor es de largo plazo, sin perjuicio que algunas empresas sí celebran contratos escritos con sus proveedores*". En cambio, los antecedentes sí muestran que, con posterioridad a esa fecha, esos contratos han pasado a ser la principal forma de operación en la industria.

112. Un primer antecedente consiste en el elevado número de contratos utilizados en la industria.

113. En este sentido, los expedientes de investigación de la FNE Rol N° 1966-11 y Rol N° 2415-16, acumulados, Rol N° 2502-18 y Rol N° 2498-18, daban cuenta de la existencia de 257 contratos celebrados por diferentes productores lecheros con Nestlé, Watt's o Soprole, los que fueron acompañados por la FNE mediante presentaciones de fojas 936 y fojas 992. Con el fin de conocer en profundidad el contenido de dichos instrumentos, a fojas 692 y de conformidad con lo dis-

puesto en el artículo 31, numeral 5, del D.L. N° 211, se solicitó a Nestlé, Watt's y Soprole acompañar copia de todos los contratos celebrados con productores de leche fresca entre los meses de enero de 2016 y diciembre de 2018, ambas fechas inclusive.

114. A fojas 754, 755 y 896, Watt's, Nestlé y Soprole, respectivamente, cumplieron con lo ordenado. Sin embargo, por medio de la presentación de fojas 992, la FNE indicó que, luego de cotejar los contratos acompañadas por las empresas antes descritas a estos autos con aquellos que ella poseía en su propia base de datos (formada a partir de las investigaciones Rol FNE N°s 1966-11 y 2415-16, acumulados, N° 2502-18 y N° 2498-18), pudo constatar que contaba con contratos celebrados entre enero de 2016 a diciembre de 2018 que no habían sido aportados por las procesadoras Nestlé y Watt's a estos autos, y que tenía otros que, habiendo sido acompañados en autos, no le habían sido entregados cuando fueron solicitados durante las respectivas investigaciones. Ante esto, a fojas 999 y 1009 Nestlé complementó su presentación de fojas 755, acompañando algunos contratos y anexos de contratos que no fueron presentados inicialmente, mientras que Watt's, a fojas 1002, sólo reconoció tal omisión, sin acompañar nuevos documentos.

115. En definitiva, Watt's acompañó al proceso 203 contratos celebrados con productores de leche fresca entre 2016 y 2018, mientras que otros cuatro contratos referidos al mismo período fueron acompañados por dicha procesadora en algunas investigaciones de la FNE (fojas 992). Por su parte, Nestlé acompañó un total de 185 contratos de compraventa de leche fresca celebrados con los productores, mientras que otros siete contratos celebrados entre 2016 y 2018 fueron acompañados por ella a la FNE en el marco de sus investigaciones (fojas 992). Finalmente, Soprole acompañó 11 contratos celebrados entre 2017 y 2018. Un resumen de todos los que se encuentran en autos y fueron analizados para efectos de esta Resolución se muestra *infra* en la Cuadro Nº 6.

CUADRO Nº 6
NÚMERO DE CONTRATOS SUSCRITOS POR LAS TRES PROCESADORAS PRINCIPALES ENTRE ENERO 2016 Y DICIEMBRE DE 2018

	Número de contratos			
	2016	**2017**	**2018**	**Total período**
Watt's	64	79	64	207
Nestlé	56	80	56	192
Soprole	---	9	2	11

Fuente: Elaboración propia.

116. Más allá de la cantidad de contratos suscritos, resulta más relevante considerar un segundo antecedente que confirma el desarrollo del mercado contractual de largo plazo en desmedro de la adquisición en el mercado *spot*, cual es la comparación de la cantidad de leche transada por medio de los instrumentos acompañados por Watt's, Nestlé y Soprole a estos autos y la cantidad de leche total recepcionada por esas procesadoras entre 2016 y 2018.

117. A partir de los datos que se muestran en el Cuadro N° 7, se concluye que Soprole es el procesador que menos ha disminuido sus compras de leche en el mercado *spot*. Por su parte, Watt's ha más que triplicado la cantidad de leche adquirida por medio de contratos respecto a lo adquirido en 2016, pasando esta forma de adquisición a ser la predominante para esa firma en 2018. Finalmente, Nestlé es la firma que muestra un crecimiento más acelerado en el uso de contratos para adquirir leche fresca, teniendo un crecimiento de cerca de 1.400% en el uso de contratos en el período descrito.

CUADRO N° 7
RELACIÓN LITROS DE LECHE ADQUIRIDOS A TRAVÉS DE CONTRATOS Y MERCADO SPOT ENTRE LOS AÑOS 2016 Y 2018

Soprole				
Año	L. Contratos	L. ODEPA	% L. Contratos	% L. *Spot*
2016*	68.242.000	477.203.494	14,30%	85,70%
2017	122.394.164	465.145.111	26,31%	73,69%
2018	131.193.968	433.567.620	30,26%	69,74%
Watt's				
Año	L. Contratos	L. ODEPA	% L. Contratos	% L. *Spot*
2016	44.394.509	279.267.270	15,90%	84,10%
2017	98.824.789	280.609.485	35,22%	64,78%
2018	161.939.332	294.937.522	54,91%	45,09%
Nestlé**				
Año	L. Contratos	L. ODEPA	% L. Contratos	% L. *Spot*
2016	20.288.000	385.812.036	5,26%	94,74%
2017	196.526.092	372.882.208	52,70%	47,30%
2018	305.949.458	389.092.517	78,63%	21,37%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de los contratos acompañados por Watt's a fojas 754; por Nestlé a fojas 755, 999 y 1009; por Soprole a fojas 896 y la FNE 992.

**: Para el cálculo de litros adquiridos por Soprole el año 2016 el único antecedente disponible en el expediente es un contrato suscrito el año 2014, el cual contempló un plan de entrega desde enero del 2014 hasta diciembre del 2018. Así, se contabilizaron los litros comprometidos en este contrato para el año 2016.*

***: Para el cálculo de litros adquiridos por Nestlé anualmente, se prorratearon los litros de leche fresca comprometidos a ser suministrados por parte del proveedor en la cantidad de meses de duración de cada uno de los contratos. Esto debido a que la leche comprometida a ser suministrada, que se encuentra expresa en los contratos de Nestlé, es una cifra agregada y no detalla un plan de entrega mensual.*

118. Finalmente, un tercer antecedente que confirma el desarrollo del mercado de contratos de largo plazo son los informes acompañados por intervinientes al proceso. Así lo sostiene, a fojas 456, un informe acompañado por Fedeleche, y a fojas 564 otro acompañado por Watt's. Ambos hacen referencia a la durabilidad de la relación entre productores y las procesadoras, concluyendo que las relaciones son de largo plazo (en el caso de Watt's, la duración estimada promedio de los contratos fue de casi 11 años, según el mejor método estadístico utilizado).

119. De acuerdo con lo señalado, entonces, actualmente las principales empresas procesadoras operarían bajo un esquema contractual de largo plazo, incluyendo a Nestlé, Soprole y Watt's, además de Surlat y Quillayes, cuyos contratos también constan en autos, pero resultan menos relevantes para efecto de esta consulta. No existe evidencia en autos, ni tampoco en los documentos contenidos en los diversos expedientes de investigación de la FNE acompañados al proceso, acerca de las relaciones contractuales de otros procesadores, incluyendo al Grupo Lactalis (uno de los de tamaño medio), pero ello tampoco es relevante para los efectos de esta Resolución dado el objeto delimitad en la sección II.A. Por su parte, del grupo de procesadores principales, sólo Colún no habría implementado un esquema contractual, atendido que, como indicamos, su condición de cooperativa la hace operar como una empresa verticalmente integrada con sus cooperados, a quienes les compra de manera casi exclusiva. Al respecto, la propia empresa señala que más de un 99,78% de la leche que adquiere la compraría a sus socios cooperados y menos del 0,22% a no cooperados, siendo estos últimos productores en proceso de postulación para pertenecer a Colún (fojas 198).

120. Las características centrales de los contratos son analizadas *infra*, en la sección II.D.2. Por ahora, sólo importa destacar las consecuencias centrales derivadas del hecho que esta forma de relacionarse sea la principal en el mercado en la actualidad.

121. La primera consecuencia es un alejamiento de los objetivos declarados por la Sentencia, que pretendía uniformar y transparentar las relaciones entre productores y procesadores por la vía de utilizar pautas de precio comunes. En cambio, muchos contratos son particulares en cuanto a sus características, las que no necesariamente son conocidas por otros productores.

122. Una segunda consecuencia de la utilización de contratos es la reducción en la flexibilidad que tienen los productores para cambiar de comprador de leche fresca; es decir, la disminución de la movilidad en el mercado. En un mercado competitivo o sin mayores problemas de competencia, es esperable que ante anuncios (no necesariamente simultáneos) de variaciones en el precio de compra por parte de las empresas procesadoras, los productores tiendan a moverse hacia la o las empresas que les ofrecen un mejor precio, movimiento que

en general sólo debiera verse limitado por el área de influencia respectiva (*catchment area*). Aunque no se produce exclusivamente a causa de los contratos, varias de las cláusulas contenidas en ellos contribuyen de manera importante a impedir ese movimiento.

123. En efecto, como detallaremos en la sección II.D.2., los contratos contienen una serie de condiciones (bonificaciones y penalidades) que generan cautividad a los productores y les imponen costos de cambio significativos, produciendo el efecto de una tratativa exclusiva, lo que explica (más allá del plazo específico acordado por las partes) su alta durabilidad. Esto se suma al hecho que, en general, los contratos también contienen cláusulas de exclusividad en virtud de las cuales los productores se obligan a vender, bajo ciertas condiciones, todo o parte de su producción a un determinado procesador. De hecho, según indica la FNE a fojas 341, Soprole, Watt's y Surlat poseen sobre un 80% de productores exclusivos en su estructura de suministro.

124. Nótese que, si bien las cláusulas contractuales generan inamovilidad en el mercado, esta última no se produce exclusivamente a causa de aquellas. Aun cuando no se haya suscrito un contrato entre un productor y un procesador, existen mecanismos que aseguran la cautividad del primero. En efecto, de acuerdo con lo sostenido por la FNE en su informe de fojas 320, las procesadoras otorgan "préstamos o anticipos financieros" a los proveedores de leche, cuya duración, de modo similar a los contratos, es de entre uno y tres años. Estos préstamos, indica el ente persecutor, eran utilizados por alrededor de un 11% de los proveedores de leche sin contrato a diciembre de 2016.

125. La situación general de inamovilidad es refrendada por los informes acompañados en autos. Por ejemplo, el presentado por Fedeleche en el expediente de investigación Rol FNE N° 1966-11 y Rol N° 2415-16, acumulados, confirma la baja rotación de productores entre procesadoras. A la misma conclusión arriba estadísticamente el informe presentado por Watt's (que consta a fojas 7 de su cuaderno de documentos confidenciales). Asimismo, la FNE, en su informe de fojas 320, realiza un análisis de movilidad entre los años 2010 y 2015, contabilizando únicamente a los productores exclusivos (esto es, aquellos que entregaron leche sólo a una empresa, independiente de si contaban o no con contratos de

suministro), de lo cual concluye que sobre el 90% de los productores no efectuó un cambio hacia otra empresa procesadora durante el período analizado.

126. En suma, si bien no existe evidencia de que las relaciones de largo plazo sean una consecuencia sólo del uso de contratos, las características de estos últimos han permitido fortalecer ese tipo de relación. Asimismo, el hecho que ellos contengan especificidades para cada productor contratante tiende a disminuir la transparencia y uniformidad buscadas por la Sentencia al imponer las pautas de precios.

D. Acerca de la necesidad de mantener la imposición de pautas de precio sobre los obligados por la Sentencia Nº 7/2004 y eventualmente extenderlas a otros agentes económicos

127. Como hemos mostrado en la sección anterior, desde la dictación de la Sentencia Nº 7/2004 hasta la fecha, el cambio más trascendente en el mercado de la compra de leche fresca no se ha dado en sus condiciones estructurales, sino en la manera como se relacionan productores y procesadores, pues los contratos escritos han adquirido una mayor relevancia, al menos en el caso de algunas procesadoras. Esto, como veremos, es relevante para nuestro análisis. Sin embargo, reiteramos que, atendido el ámbito de la consulta descrito en la sección II.A., no nos pronunciaremos acerca de la existencia misma de esos contratos en el contexto posterior a la Sentencia.

128. A pesar de lo anterior, continúa existiendo en el mercado un porcentaje relevante de compra *spot*. Esto provee una buena justificación *prima facie* para mantener la necesidad de publicar pautas de precios en los mismos términos indicados en la aludida sentencia. Asimismo, como veremos a continuación en la subsección D.1, las pautas han permitido cumplir de forma eficaz con los objetivos de transparencia y uniformidad de las condiciones para la compra de leche fresca establecidos en la Sentencia.

129. Ahora bien, independiente de la forma que rija las relaciones entre proveedores y procesadores –contractual o *spot* sólo regulada a través de las pautas de precio–, hemos indicado que la compra de leche fresca puede dar lugar a

relaciones de largo plazo producidas por la falta de movilidad de los productores. Por cierto, este tipo de relación de largo plazo no es un problema en sí, sino sólo cuando la falta de movilidad proviene de ciertos incentivos entregados por los procesadores en las pautas o los contratos que, dado el poder de compra de esos procesadores, resultan en los hechos en un compromiso *ex ante* que puede prevenir la entrada o el desarrollo de rivales más eficientes, con efectos análogos al de las tratativas exclusivas.

130. Este efecto es aún más fuerte si se goza de una ventaja de "primero en moverse", que bien puede estar dada por el desconocimiento del término de una fecha contractual previa por parte de otro procesador. Ello permite al procesador incumbente hacer una oferta antes de que el rival pueda concretar la suya, gatillándose potencialmente la exclusión de este último de manera rentable para el primero.

131. Por lo anterior, en la subsección II.D.1. analizamos las pautas de precio desde esta perspectiva, mientras que en la subsección II.D.2. examinamos los contratos de las tres empresas obligadas por la Sentencia Nº 7/2004 que constan en autos. Cabe señalar que no hemos analizado los contratos de los otros tres actores que siguen en tamaño, atendida su baja participación de mercado y el hecho que ellos no fueron obligados por las medidas impuestas de la Sentencia Nº 7/2004. Finalmente, por las razones que luego detallamos, en la subsección II.D.3. estudiamos los estatutos de Colún desde la perspectiva de la movilidad.

D.1. Análisis de las pautas de precio en relación a los objetivos de la Sentencia Nº 7

132. Para efectos de analizar las pautas de precio, es conveniente reiterar que la Sentencia estableció su obligatoriedad con el fin de aumentar la transparencia y uniformidad (esto es, disminuir las diferencias de trato no justificadas en costos) en las relaciones entre productores y procesadores.

133. Las pautas de precio que hemos utilizado para efectuar nuestro análisis son aquellas publicadas durante los años 2017 y 2018 por cada una de las tres empresas obligadas. En el caso de Soprole y Nestlé, tales pautas fueron acompañadas como anexo en el informe que consta a fojas 60. En el caso de Watt's,

ellas se encuentran disponibles públicamente en su página web (http://www.watts.cl/menu-superior/productores/descargables [visita: 5 abril 2019]).

134. En general, todas las pautas establecen un precio base por litro ($/lt.) al cual se le agregan bonificaciones y se le restan algunas penalizaciones. Las bonificaciones que se contemplan pueden clasificarse en aquellas que dicen relación con volumen de leche producido; aquellas referidas a la calidad y proceso productivo; y aquellas que responden a criterios de desarrollo e innovación.

135. Respecto a los bonos relacionados con volumen de leche producido, destaca un tipo de bonificación por volumen de producción en los últimos doce meses, el cual, normalmente, se paga mes a mes. La denominación específica varía según la empresa: "bono volumen anual de entrega en litros" en las pautas de Nestlé; "bono incremento de producción anual" en las pautas de Soprole; y "bonificación por tramo de volumen" en la pauta de Watt's. Asimismo, existen otros bonos relacionados al volumen de leche y a la estacionalidad de la producción. En este caso, se observan bonos por aumento de volumen producido en invierno en relación al volumen de invierno del año anterior o bonificaciones para el incentivo de producción de leche en invierno, en el cual se otorga un pago adicional por la leche que sea producida y recepcionada entre los meses de abril y agosto (pauta de precio Soprole, fojas 144).

136. Enseguida, en lo que respecta a las bonificaciones que se relacionan con la calidad de la leche y el proceso productivo, destacan aquellas en las que se otorga un premio de acuerdo a la cantidad de proteínas y materia grasa que contiene la leche fresca, presentes en todas las pautas, así como una bonificación por mayor cantidad de unidades formadoras de colonias y de células somáticas (pauta de Nestlé, fojas 137; pauta de Soprole, fojas 142; y pauta de Watt's, página 1). También destacan los bonos relacionados con la sanidad de la leche producida, como por ejemplo: (i) el pago de una bonificación si el rebaño lechero está libre de tuberculosis, brucelosis y leucosis bovina (pauta de Nestlé, fojas 138; pauta de Soprole, fojas 140 y 141; y pauta de Watt's, página 2); (ii) un bono por certificación del predio denominado PABCO SAG-lechero, emitido por el SAG (pauta de Nestlé, fojas 138; pauta de Soprole, fojas 143; y pauta de Watt's, página 2); y (iii) bonos que incentivan planes de saneamientos o audi-

torias medioambientales (pauta de Nestlé, fojas 138). Con respecto al proceso productivo, las pautas de Watt's (página 1) y Soprole (fojas 141) contemplan un bono por tener un estanque de enfriamiento que permita la compra de leche refrigerada a 4°C.

137. Finalmente, en relación con los bonos referidos al desarrollo e innovación que alcance el productor, en la pauta de Soprole (fojas 143) se dispone el pago de un bono a todos los productores para fomentar su aporte y participación en agrupaciones gremiales u otras asociaciones de productores, de investigación, fomento o desarrollo en el ámbito lácteo o de promoción del consumo lácteo. Asimismo, las pautas de Nestlé contemplan bonos que premian a los pequeños productores siempre que tengan 5 o más años de entregas continuas y un volumen de entrega en últimos 12 meses menor a 50.000 litros (fojas 138).

138. Como contraposición a los bonos, las pautas de precio de las tres empresas mencionadas también contienen penalizaciones que pueden conllevar rebajas en el precio de compra.

139. En específico, en la pauta de Watt's (página 2) se indica que es posible aplicar rebajas en el precio de compra –e incluso suspender la compra– en casos de "aguado" de la leche. Así, ante un primer evento, es posible descontar el porcentaje de agua a la entrega del día; ante un segundo evento, es posible descontarle al proveedor el porcentaje equivalente de agua a la cantidad de leche en el día del evento y una disminución del 3% del precio base de la quincena; ante un tercer evento, es posible descontar el porcentaje equivalente de agua a la cantidad de leche entregada en el día del evento y una disminución del 10% del precio base de la quincena; y frente a un cuarto evento, Watt's podría suspender la compra de leche.

140. Asimismo, en las pautas de las tres empresas procesadoras se observan disposiciones que determinan la no recepción de la leche fresca por presencia de residuos inhibidores o contaminantes (Nestlé, fojas 139; Soprole, fojas 145; Watt's, página 2).

141. De la revisión de las pautas de precio de Watt's, Nestlé y Soprole es posible concluir, primero, que ellas –por sí solas– cumplen de modo eficaz con los objetivos buscados en la Sentencia. En concreto, han contribuido a transparentar el proceso de recepción de leche fresca y a disminuir las eventuales diferenciaciones en el precio de compra no justificadas económicamente.

142. Nótese, con todo, que, si bien es posible observar que las pautas discriminan por volumen de leche entregada, otorgando bonos más altos a los proveedores que entregan una mayor cantidad de leche, los escasos antecedentes del proceso no permiten calificar si esta estructura de precios se encuentra justificada económicamente, en este caso, en los costos de recepcionar leche fresca. Otras diferenciaciones basadas, por ejemplo, en calidad de la leche comprada o estacionalidad (invierno/verano) tienen una justificación económicamente razonable. Por lo anterior, no existe razón para reprochar el contenido de las pautas a este respecto.

143. Enseguida, considerando ahora los incentivos a la movilidad de los productores, las pautas de precios de Watt's no contienen, en general, cláusulas que establezcan bonos o penalizaciones que premien la fidelidad de forma similar a una tratativa exclusiva y atenten, por tanto, contra dicha posibilidad de cambio. Sin embargo, tanto las pautas de precios de Soprole como las de Nestlé sí contienen tal tipo de cláusulas. En efecto, mientras las primeras incorporan un bono por aumento de volumen denominado "bono incremento de producción anual" (fojas 143), las segundas premian la permanencia de pequeños productores en el pago de un bono por invierno denominado "bono pequeño productor" (fojas 138). En la práctica, tales cláusulas reducen injustificadamente la movilidad de sus proveedores de leche fresca y deben ser, por tanto, declaradas contrarias a la competencia.

144. Finalmente, a mayor abundamiento, es conveniente considerar la advertencia que realiza la FNE a fojas 394 vuelta, en el sentido de que la publicación de las pautas puede reducir la intensidad competitiva entre las procesadoras, ya que, *"cualquier movimiento publicado en una Pauta de Precio iniciado por cualquiera de las empresas es rápidamente respondido por las otras empresas que operan en la zona, variando sólo la magnitud de la reacción"*. No obstan-

te, además de no ahondar en antecedentes que soporten este aserto, la misma FNE sostiene que en el neto la aplicación de pautas de precio ha tenido como consecuencia una reducción del traspaso de las rentas desde los productores lecheros a las empresas procesadoras, por lo que no existe necesidad de adoptar decisiones considerando el aspecto indicado por el ente persecutor.

D.2. Análisis de los contratos entre procesadoras y productores: el problema de la limitación a la movilidad de estos últimos

145. Corresponde ahora analizar los contratos de las tres empresas obligadas por la Sentencia.

146. En términos generales, los antecedentes del proceso muestran que en los contratos de Nestlé, Watt's y Soprole son regulados los siguientes aspectos: (i) las cantidades de leche fresca comprometidas para ser entregadas en un período determinado, el cual puede abarcar desde un año hasta un plazo indefinido, y donde la cantidad comprometida va desde una parte de la producción total del productor hasta la totalidad de la producción para el período determinado por el contrato; (ii) la determinación del precio final, incluyendo una serie de bonificaciones y sanciones (penalizaciones), alguna de las cuales no están incluidas en las pautas de precio publicadas de acuerdo con el mandato de la Sentencia N° 7/2004; (iii) la forma de entrega y retiro de la leche; y (iv) otras cláusulas que hacen alusión a pagos, efectos de no retirar la leche, garantías de compromiso, etc.

147. Detallados por empresa, los contratos presentan las características que se indican en los párrafos siguientes. Como veremos y se resume en el Cuadro N° 8, las tres procesadoras incluyen en sus contratos de largo plazo bonos y penalizaciones adicionales a los establecidos en sus respectivas pautas de precio. Al respecto, se debe notar que las cláusulas de las pautas de precios son siempre parte integrante de dichos contratos, por lo que los bonos y penalizaciones contenidos en las primeras también lo son en estos últimos.

CUADRO Nº 8

COMPARACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PAUTAS DE PRECIO Y LOS CONTRATOS

	Nestlé		Watt's		Soprole	
	Pautas de Precios	Nuevo en Contratos	Pautas de Precios	Nuevo en Contratos	Pautas de Precios	Nuevo en Contratos
Bono por Volumen	X		X		X	
Bono por Invierno	X		X		X	
Bonos por Calidad *	X		X		X	
Bonos de Desarrollo (sin fidelidad) **	X		X		X	
Bono por entrega programada (sin fidelidad)						X
Otros Bonos ***	X		X		X	
Bono por Fidelidad ****	X	X		X		
Bono por Aumento de Volumen		X		X	X	
Bono por Renovación de Contrato				X		
Penalizaciones por Calidad +	X		X		X	
Penalizaciones por permanencia		X				

*Notas: * Nestlé incluye bono por precio por sólidos, calidad en UFC y RCS, por sanidad (predio libre), certificación PABCO y un "Seguro de Saneamiento"; Watt's incluye bono por sólidos, por características sanitarias, trazabilidad y aseguramiento de calidad, y por certificación PABCO; Soprole incluye bono por materia grasa, proteína, predio libre de brucelosis, tuberculosis bovina y leucosis enzoótica bovina, predio libre con certificación SAG y certificación PABCO.*

*** Nestlé incluye bono al pequeño productor, para apoyo tecnológico y de desarrollo; Watt's incluye un bono de fomento y desarrollo; y Soprole incluye bono por desarrollo y por asistencia técnica.*

**** Nestlé incluye un bono medioambiental que premia la sustentabilidad y bono leche puesta en fábrica; Watt's incluye bono por estanque de enfriamiento y por aceptar pago diferido; Soprole incluye un bono por sistema de refrigeración y por acuerdo de producción limpia.*

***** Nestlé incluye en sus pautas un bono al pequeño productor siempre que lleve al menos cinco años de entregas continuas, y en contrato paga un bono por entrega programada sólo si se cumple permanencia en la empresa; Watt's paga un bono por fidelidad.*

+ Watt's y Soprole penalizan por presencia de inhibidores y aguado en la leche; Nestlé lo hacer por aguado y por residuos antimicrobianos.

Fuente: Elaboración propia.

148. En primer término, los acuerdos acompañados por Watt's tienen, en general, una duración de 12, 24 o 36 meses e incluyen una cláusula por medio de la cual el productor se obliga a venderle la totalidad de su producción de leche fresca, con una distribución mensual estimada y bajo las condiciones de calidad y seguridad detalladas en un anexo de contrato. A su vez, Watt's se compromete a comprar la totalidad de leche fresca producida por el productor. Asimismo, en los contratos se pacta en forma expresa que el productor se obliga a no destinar todo o parte de su producción lechera a la venta o suministro a terceros, ni tampoco para la elaboración propia de productos lácteos finales.

149. Con respecto al precio, el contrato dispone que este será el que resulte de la aplicación de las condiciones de mercado imperantes en cada momento para la compra de leche fresca en la región respectiva. Tales condiciones y precio serán las que resulten de la aplicación de los factores considerados en la pauta de precios que Watt's mantenga vigente en el territorio respectivo. Sin embargo, los contratos establecen un pago adicional por litro de leche vendido durante la vigencia del contrato, el cual no está indicado en la pauta de precios de Watt's. Este pago es de $X pesos (usualmente $3 al primer año, $3,6 al segundo y $4,2 al tercero, pero esto puede variar) por sobre lo que corresponda según la pauta de precios.

150. Adicionalmente, para algunos contratos celebrados en la IX Región se dispone que, al cumplirse el primer año de vigencia, Watt's liquida el pago adicional señalado anteriormente. Para este efecto, se calcula la diferencia que resulte entre el valor total pagado por toda la leche adquirida en el período respectivo y el valor total promedio que habría correspondido pagar por la misma cantidad de leche, aplicando un "precio de mercado". Este "precio de mercado", a su vez, se calcula promediando el precio por litro de leche regulado en las demás pautas de precio publicadas por las otras empresas procesadoras de la zona. Esta diferencia entre la aplicación de las pautas de precios de Watt's y el "precio de mercado" se suma o rebaja al monto adicional efectivamente pagado. El resultado de esta diferencia durante los primeros doce meses de vigencia del contrato es pagado o descontado, según corresponda, de la liquidación de leche del mes subsiguiente del vencimiento del periodo. El mismo procedimiento aplica en cada año o fracción de vigencia del contrato, hasta su fecha de término.

151. Asimismo, en algunos contratos celebrados entre 2017 y 2018 se establece el pago de un "bono de permanencia", tampoco incorporado en la pauta de precios de Watt's. En dicho bono se dispone que, si se renueva el contrato por un plazo igual al original, se procede a pagar anualmente un cierto monto por litro de leche. Por ejemplo, en el contrato celebrado el 1 de diciembre de 2018 entre Watt's y don Manuel Aburto Rodríguez, cuya versión pública se encuentra acompañada a fojas 965, se establece la siguiente cláusula: *"El presente Contrato tendrá una vigencia de 36 meses (treinta y seis meses) contados desde esta fecha. Por continuidad de contrato de igual plazo, se cancelarán anualmente $/lts. 4,20 por litro"*.

152. Finalmente, los contratos celebrados entre Watt's y los productores de leche fresca entre 2017 y 2018 generalmente contienen un anexo que establece un "bono por aumento de volumen", el cual consiste en que Watt's pagará una bonificación adicional de $X por litro de leche, siempre que la producción de mayo a agosto sea igual o mayor al 15% respecto del total de leche producida en los últimos 12 meses, según la fecha de liquidación establecida en cada contrato. Así, por ejemplo, como se establece en el anexo de contrato celebrado entre Watt's y don Claudio Esparza de la Cruz con fecha 1 de enero de 2017, cuya versión pública se encuentra acompañada a fojas 965, la procesadora se obliga a pagar un monto de $6 por litro de leche bajo la condición antes indicada. En algunos casos (como el contrato celebrado con Agrícola Pesaro Ltda., en mayo de 2017, o con Comunidad Fundo las Rosas, en agosto 2018, acompañados a fojas 754) este anexo dispone la aplicación del bono a partir de enero de 2017, esto es, con anterioridad a la suscripción del contrato al cual se anexa.

153. En segundo lugar y de modo similar a los acuerdos de Watt's antes analizados, aquellos suscritos entre los productores de leche fresca y Nestlé tienen, en general, una duración de 12 o 36 meses y también incluyen una cláusula por medio de la cual el productor se obliga a vender a esta procesadora la totalidad de su producción.

154. Los contratos contienen una cláusula en la que se establece que el proveedor conoce la pauta de precios de Nestlé, la cual se entiende formar parte de aquellos, por lo que el precio a pagar por la leche es, en principio, aquél que resulte de la aplicación de la pauta.

155. Sin embargo, en el caso de estos contratos también existe una serie de bonos que no se encuentran contenidos en las pautas de precios publicadas por Nestlé y que, en último término, determinan el precio final (el "precio neto") que se debe pagar al proveedor.

156. Un primer bono incorporado en todos los contratos de Nestlé que constan en el expediente es el denominado "bonificación por permanencia". Éste consiste en que Nestlé paga una suma adicional por litro de leche, que se calcula por sobre el total de litros entregados en los 12 meses siguientes a la firma del contrato, sujeto a dos condiciones: primero, que las entregas efectuadas en los 12 meses anteriores hayan sido de a lo menos el total indicado en el contrato; y segundo, que el proveedor se haya mantenido entregando leche fresca en forma continua a Nestlé durante los 12 meses anteriores. Por tanto, si éste se retira y/o deja de entregar con anterioridad al mes 12, pierde la totalidad de la bonificación.

157. Un segundo bono, establecido únicamente en aquellos contratos celebrados por Nestlé durante los años 2017 y 2018, se denomina "bono por aumento de volumen". Éste consiste en que, en caso de existir un aumento del volumen entregado entre abril a agosto (inclusive) con respecto al volumen entregado en los mismos meses del año anterior, Nestlé paga una suma que se calcula multiplicando la totalidad de los litros entregados en ese período por el valor indicado en una tabla anexa al contrato, según el porcentaje de crecimiento alcanzado, siempre y cuando se cumpla un crecimiento mayor o igual a 5%.

158. Asimismo, los contratos y anexos de contratos celebrados desde el 2017 contienen una multa por incumplimiento del plazo de permanencia. La respectiva cláusula dispone que, si el productor pone término antes de lo estipulado al contrato, pierde derecho a cualquier bono. Además, en tal caso se le cobra una multa que varía entre $8 y $11 por litro entregado en los últimos tres meses (aunque puede llegar a incluir los últimos seis meses) anteriores a la fecha del término del contrato.

159. En tercer término, resta por analizar los acuerdos suscritos por los proveedores de leche fresca y Soprole. En ellos se pacta que el productor se obliga a

vender, suministrar y transferir a Soprole, quien se obliga a comprar y recibir, el volumen de leche expresado en cada contrato, que corresponde a la producción total del predio o la producción parcial de la leche del productor en las condiciones pactadas, por el plazo de 12 meses renovables por el mismo período (aunque excepcionalmente existe un contrato cuya duración era de 5 años, también renovable por el mismo período). De este modo, en los contratos se pacta expresamente que el productor puede vender libremente sus excedentes de producción, sea a terceros o a la misma Soprole. Con todo, en el caso de los productores que le entregan la totalidad de su producción, todo el aumento del volumen sobre los litros pactados debe ser comprado por Soprole, quien se encuentra obligado a adquirirlos en las mismas condiciones que la producción inicialmente comprometida. De igual modo, los productores que contratan únicamente la venta de una parte de su producción deben ofrecer previamente a Soprole todos los litros que excedan en un 10% mensual de los litros contratados, pudiendo la procesadora aplicar o no las condiciones del contrato celebrado al referido excedente, siempre que provengan del mismo predio y sujeto a su "posición de recepción" en cada mes.

160. En lo referido al precio, los contratos expresamente indican que este será el que Soprole determine conforme a variables económicas objetivas que constan en su pauta de precios. El precio será variable en el tiempo conforme a fundamentos económicos de mercado.

161. Con todo, al igual que en los casos anteriores, los contratos establecen pagos no incorporados en la respectiva pauta de precios. En este caso se trata de una sola bonificación, denominada "bonificación por entrega programada". De acuerdo con lo señalado en la respectiva cláusula, la mayor eficiencia y absorción de costos que significa para Soprole contar con un programa de entrega con condiciones preestablecidas y un volumen relevante de leche le permite ofrecer al productor el acceso a un bono con motivo de un "Plan de Entregas Programadas". De este modo, Soprole paga entre $7 y $10 por litro de leche por este concepto. Sin embargo, para acceder a este régimen, se deben cumplir dos condiciones en forma copulativa: (i) que el volumen total entregado por el productor y recepcionado por Soprole para un período de 12 meses no sea inferior en más de un 2% respecto del volumen total comprometido; y (ii) que los

volúmenes mensuales entregados por el productor y recepcionados por Soprole no sean inferiores en más de un 5% respecto de los volúmenes comprometidos para cada uno de los meses respectivos.

162. De la revisión de los contratos de las tres empresas (Watt's, Nestlé y Soprole) es posible concluir que ellos requieren de importantes modificaciones tendientes a aumentar la competencia en el mercado. Esto por al menos tres razones. En primer lugar, porque aun cuando se declare que el precio de compra de leche fresca es el indicado en la respectiva pauta de precios, según lo establecido en la Sentencia Nº 7/2004, tales instrumentos son siempre incompletos, dado que todos los contratos analizados incluyen algún tipo de cláusula adicional a aquellas incluidas en las pautas que afecta el precio a pagar.

163. En segundo lugar, porque muchas de las bonificaciones, estén o no establecidas en las pautas de precios, afectan la movilidad de los productores en tanto los fidelizan, aumentando así el poder de compra de los procesadores. En este sentido y reiterando, si bien no todos los programas o cláusulas de fidelidad son anticompetitivos *per se*, sí podrían serlo, entre otras razones, cuando su efecto es similar a una tratativa exclusiva y carezcan de justificación objetiva.

164. Existen varios ejemplos de bonificaciones en este sentido. Por ejemplo, en los contratos de Nestlé se dispone de una "bonificación por permanencia", en la cual ésta paga una suma adicional por litro de leche que se calcula por sobre el total de litros entregados en los 12 meses siguientes a la firma del contrato. Dicho pago está sujeto a dos condiciones: (i) que las entregas efectuadas en los 12 meses anteriores hayan sido equivalentes al menos al total indicado en el contrato; y (ii) el proveedor se haya mantenido entregando leche fresca en forma continua durante los 12 meses anteriores a la fecha del contrato. Por tanto, si el proveedor se retira o deja de entregar con anterioridad al mes 12, pierde la totalidad de esta bonificación. Otro ejemplo de esta clase de bonos es aquél denominado "bono por aumento de volumen", que se encuentra en algunos contratos celebrados por Watt's entre los años 2017 y 2018. En virtud de dicha bonificación, esta última paga una bonificación adicional de $x por litro de leche (por ejemplo $6 por litro de leche), bajo condición de que la producción de leche de mayo a agosto de dicho año sea igual o mayor al 15%, respecto del total de

leche producida en los últimos 12 meses, según la fecha de liquidación establecida cada contrato.

165. Finalmente, una tercera razón para exigir cambios a los contratos dice relación con la ausencia de justificación económica de algunas cláusulas que contienen bonificaciones. Si bien en el caso de las pautas de precio esta falta de antecedentes en el proceso a este respecto es suficiente para no exigir cambios en ellas, en el caso de los contratos ocurre lo contrario, pues uno de los objetivos principales de la Sentencia era precisamente buscar uniformidad, finalidad que se vería burlada de permitirse este tipo de diferenciaciones por vía contractual.

D.3. El caso de Colún

166. Finalmente, aunque Colún no participa del mercado *spot*, en el mercado de contratos sí es un actor relevante, toda vez que para efectos de su decisión de contratación a un productor cualquiera del mercado le es *a priori* indiferente el tipo de estructura comercial que utilice un determinado procesador. Por ello, aunque las condiciones estructurales del mercado no han variado, de modo que no se justifica imponer pautas de precio sobre esta cooperativa, es de todos modos necesario revisar sus estatutos (acompañados a fojas 693 y siguientes) con el objeto de analizar si contienen disposiciones contrarias a la competencia *ex ante*.

167. Particularmente, el Título 5° se refiere específicamente a los contratos u operaciones, lo que se ve complementado con otras disposiciones. De este modo, de acuerdo con el artículo 12 letra a), cada cooperado puede exigir a la cooperativa que ésta adquiera la leche que él produce. Por su parte, el artículo 71 indica que Colún está obligada a recibir y pagar a sus socios la leche natural que éstos entreguen a los precios vigentes (establecidos por el Consejo de Administración). De acuerdo con el mismo artículo, la adquisición de leche fresca por parte de Colún está limitada, en cuanto a su volumen, al cupo que corresponda al socio de acuerdo con las cuotas de participación de la cooperativa de las que sea dueño. A su vez, el cupo solo obliga a Colún a adquirir la leche producida en las unidades productivas declaradas por el socio y que hayan sido autorizadas por el Consejo de Administración.

168. Los estatutos de Colún establecen una condición de exclusividad, pero con excepciones. En efecto, el artículo 13 bis prohíbe a los socios comercializar la totalidad o parte de su producción lechera con plantas lecheras u otras empresas que no sean de propiedad de Colún, pero el artículo 72 permite expresamente que los socios vendan leche a otras plantas, siempre que ésta sea producida en unidades productivas declaradas, al momento de la inscripción del cooperado, excluidas de la cooperativa o que no hayan sido autorizadas por el Consejo de Administración como aptas para compra.

169. El único ámbito en el que los estatutos de Colún carecen de una justificación adecuada dice relación con los requisitos para ser aceptado como socio, regulados en el artículo 8°. Entre tales requisitos se encuentra el pago de una cuota de admisión y que el interesado haya entregado diariamente un mínimo de cien kgs. de leche a la Cooperativa durante al menos ocho meses al año, y por un lapso de dos años. Sin embargo, el mismo artículo indica que *"los hijos de los cooperados y los hijos de los socios de sociedades que sean cooperadas no estarán obligadas a cumplir con este requisito ni con la cuota de admisión establecida en el inciso 4° de este artículo 8°, debiendo en todo caso sujetarse a las normas generales de incorporación"* (fojas 702). Nótese que aun cuando no se trata de un aspecto necesariamente relacionado con la libre competencia, puede afectar la decisión *ex ante* de venta de un productor.

E. Resumen y medidas a ser adoptadas

170. A continuación, exponemos las principales conclusiones y medidas a las que hemos arribado, luego del análisis mostrado en las secciones anteriores:

1. No se han presentado antecedentes en autos que nos lleven a concluir la necesidad de modificar por ahora las medidas adoptadas en la Sentencia, en particular, el que los procesadores Watt's, Soprole y Nestlé deban publicar y hacer uso de pautas de precios. En concreto:

    a. Desde una perspectiva estática, la imposición de pautas de precios a los actores señalados, cada uno de los cuales posee poder de compra, resulta adecuada como medida para proteger a los productores de leche fresca.

b. Las pautas de precio siguen cumpliendo los objetivos que justificaron su imposición en la Sentencia, especialmente aquellos que dicen relación con transparentar el proceso de recepción de leche fresca y uniformar sus condiciones, en la medida que no existan justificaciones económicas para no hacerlo.
c. Las condiciones estructurales de mercado, según se vio en la sección II.C. de esta resolución, continúan siendo similares a las que regían a la época de dictación de la Sentencia.

Asimismo, no se han presentado antecedentes en autos que justifiquen la necesidad de extender a Colún la obligación de publicar y utilizar pautas de precios, en tanto, dada su estructura jurídica, no participa en el mercado *spot*, en el cual las pautas de precios tienen relevancia.

Por tanto, no se modificará la obligación impuesta en la Sentencia relativa a la publicación de pautas de precio obligatorias para Soprole, Nestlé y Watt's.

2. Es un hecho cierto y relevante que, independiente de lo señalado en la Sentencia, el mercado ha variado hacia el uso de contratos escritos.

3. El uso de algunas cláusulas referidas a ciertas bonificaciones o penalizaciones, tanto en los contratos como en las pautas de precios, ha aumentado la fidelización, pues proveen incentivos que no permiten o disminuyen de manera relevante las posibilidades de un productor de ofrecer su producto a aquel procesador que le ofrezca las condiciones más favorables.

En este contexto, atendidas las específicas condiciones estructurales y funcionales de este mercado, resultan aquí especialmente problemáticas para la competencia ciertas cláusulas que hacen que las relaciones entre proveedores y procesadores se asemejen a una tratativa exclusiva y carecen de justificación objetiva desde esta perspectiva. Por ello:

a. Watt's, Nestlé y Soprole deben excluir de sus pautas de precios y de sus contratos toda cláusula que obstaculice la movilidad a los proveedores, resultando *de facto* en una tratativa exclusiva. En particular, deben abstenerse de pactar aquellas que premian de manera retroactiva por

crecimiento de volúmenes anuales o por crecimiento de volúmenes en invierno, y aquellas que otorgan mejores condiciones de pago por duración o permanencia como proveedor de la respectiva procesadora.

b. Asimismo, Watt's, Nestlé y Soprole deberán incluir en sus respectivos contratos la posibilidad que los productores puedan poner término unilateral a los mismos dando aviso con una antelación razonable, sin responsabilidad ulterior.

4. A fin de facilitar el monitoreo de la movilidad de los productores, Watt's, Nestlé y Soprole deberán informar a ODEPA la duración de los contratos que cada una de ellas suscriba, para efectos de darles debida publicidad.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° y 31° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Por las razones antes expuestas, se declara que continúan vigentes las medidas adoptadas en la Sentencia N° 7/2004. Asimismo, las empresas Watt's, Nestlé y Soprole deberán cumplir con las medidas detalladas en la sección II. E de esta resolución.

Se previene que los Ministros señora Domper y señor Rojas, si bien estuvieron de acuerdo con el análisis realizado y con las medidas impuestas en el párrafo 170, hacen presente lo siguiente en relación con las consideraciones referidas en los párrafos 52 y 53:

1. Que, tal como se indica en el párrafo 41, en el marco de un procedimiento de consulta no es posible reglar de manera general un mercado, sino que la competencia del Tribunal está circunscrita por el acto, hecho o contrato consultado.

2. Que, atendida la generalidad de la consulta efectuada por Watt's ("*las condiciones que deberán ser cumplidas (…) en los hechos, actos o contratos*

relacionados con la recepción y compra de leche cruda, y en especial, con la publicación de las pautas de precio de compra por parte de los actores procesadores de leche"), la única manera de circunscribir la competencia del Tribunal y no exceder el marco de su atribución legal es limitarla únicamente a la revisión de las condiciones establecidas en la Sentencia N° 7/2004 para la compra de leche cruda, entendiendo por ello que la decisión que se adopta en este proceso solo puede afectar a los sujetos obligados por aquella sentencia, esto es, Watt's, Soprole y Nestlé. En caso contrario, el procedimiento de autos debería haber conducido a la dictación de instrucciones de carácter general.

3. Que, por lo mismo, la revisión que la resolución realiza de los estatutos de Colún solo se justifica en el marco del análisis que necesariamente debe efectuarse respecto de las cuestiones que pueden afectar la competencia en un determinado mercado, pero no para determinar si sus disposiciones infringirían la libre competencia, pues ello excedería el alcance del procedimiento de consulta de autos.

Notifíquese personalmente o por cédula a la consultante y a los aportantes de antecedentes. Ofíciese a ODEPA para efectos de lo dispuesto en el numeral 4 del párrafo 170. Archívese en su oportunidad.
Rol NC N° 445-18.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. No firma el Ministro Sr. Eduardo Saavedra Parra, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente. Autorizada por la Secretaria Abogada (S), Angélica Burmester Pinto.

58 / 2019

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 58/2019

(Causa Rol NC N° 453-19)

"Consulta de la Dirección de Compras y Contratación Pública sobre las bases administrativas tipo para la adquisición centralizada de papel multipropósito"

Fecha dictación: 3 de diciembre de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Jorge Hermann Anguita.

Consultante: Dirección de Compras y Contratación Pública ("ChileCompra").

Entidades que aportaron antecedentes: Librería Atlantik Ltda., Distribuidora Vergio SpA, Comercial Darío Fabbri Ltda., Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), Antalis Chile Ltda., y Servicios Dimerc Spa.

Objeto del proceso: Determinar si las bases administrativas tipo para la adquisición centralizada de papel multipropósito, con sus anexos, contenidos en la Resolución N° 6 de ChileCompra, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso de que corresponda, fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley.

Mercado afectado: Comercialización de papel multipropósito en sus diversos formatos, en todo el territorio nacional.

Resolución del Tribunal: Declaró que las bases consultadas, con los cambios introducidos por ChileCompra en virtud del informe de la FNE, se ajustan al D.L. N° 211 en la medida que ellas se atengan, sin modificaciones, al contenido explicitado en la misma resolución.

Recursos: No hay recursos pendientes.

Temas que trata: Criterios de asignación de licitaciones, convenio marco, compras centralizadas.

RESOLUCIÓN N° 58/2019

Santiago, tres de diciembre de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 453-19.
CONSULTANTE: Dirección de Compras y Contratación Pública ("Dirección ChileCompra" o "ChileCompra").
OBJETO: Se solicita determinar si las Bases Administrativas Tipo para la adquisición centralizada de papel multipropósito, con sus anexos, contenidos en la Resolución N° 6 de ChileCompra, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultante: ChileCompra

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:

a) Librería Atlantik Ltda. ("Librería Atlantik");
b) Distribuidora Vergio SpA ("Distribuidora Vergio");
c) Comercial Darío Fabbri Ltda. ("Distribuidora Colón");
d) Fiscalía Nacional Económica ("Fiscalía o FNE");
e) Antalis Chile Ltda. ("Antalis"); y
f) Servicios Dimerc SpA ("Dimerc").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

3. A fojas 23, ChileCompra solicitó a este tribunal determinar si las Bases Administrativas Tipo para la adquisición centralizada de papel multipropósito, con sus anexos, contenidos en la Resolución N° 6 de ChileCompra, que rolan a fojas 1 a 22, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, fijar las con-

diciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley.

4. En primer lugar, como antecedente de la consulta formulada, ChileCompra indica que se encuentra implementando un modelo de compras colaborativas que tiene como principal objetivo la eficiencia y la obtención de ahorros para el Fisco, mediante el aprovechamiento de economías de escala y la reducción de costos de transacción, y que uno de los modelos de compras colaborativas son las compras centralizadas. En ellas, ChileCompra representa o actúa como mandatario de uno o más órganos de la Administración del Estado en la licitación de bienes o servicios.

5. En el modelo de compras colaborativas, las variables de compra (cómo comprar, qué comprar, cuándo comprar, cuánto comprar, a quién comprar, y cuándo y cómo pagar) se centralizan en una sola entidad, en este caso, ChileCompra, que es la encargada de llevar a cabo la licitación y la adjudicación. Posteriormente, cada entidad requirente procede a firmar los contratos independientes con el proveedor adjudicado, solicitando el despacho, recibiendo los productos y pagando directamente al proveedor.

6. La Consultante sostiene que las compras centralizadas permiten a las autoridades contratantes adquirir bienes en términos más favorables y mejorar la relación precio-calidad, lo que genera eficiencias y ahorros a los organismos públicos. Agrega, a modo de ejemplo, que Cenabast constituye un modelo de compras centralizadas para el sector salud, y que este Tribunal ha reconocido las eficiencias asociadas a este sistema.

7. ChileCompra estima necesario implementar este modelo de compras públicas en la adquisición de papel multipropósito, atendida la posibilidad de estandarización de dichas adquisiciones y de optimizar los procesos de compra de los organismos públicos que comparten esta necesidad transversal. Agrega que podrá implementar las directrices que el TDLC disponga en la resolución de este asunto en futuras bases de licitación, en la medida en que resulten pertinentes.

8. En relación con las bases sometidas a consulta, ChileCompra señala que estas podrán ser utilizadas una vez que termine, por cualquier causa, el Convenio Marco de Artículos de Escritorio y Papelería que se encuentra vigente ("Con-

venio Marco" o "Convenio"). Agrega que, si alguna entidad quisiera utilizar las bases antes de esa fecha, deberá acreditar la existencia de condiciones más ventajosas que las de dicho Convenio.

9. En cuanto a la modalidad de su intervención en el proceso licitatorio, la Consultante indica que actuará como mandataria de los órganos públicos compradores, los que se individualizarán en un anexo de las bases en cada licitación.

10. Por otra parte, precisa que las características específicas del producto a adquirir se detallarán en las bases técnicas, que se publicarán en la plataforma denominada mercado público en cada llamado a licitación particular que se realice utilizando estas bases tipo. Indica que lo establecido en las bases técnicas respecto de las características de los productos será considerado requisito mínimo obligatorio para ofertar, de modo que la propuesta que no reúna alguno de estos requisitos será declarada inadmisible.

11. En relación con los requisitos exigibles a los oferentes para postular, las bases exigen no haber sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador ni por delitos concursales, durante los dos años anteriores a la fecha de presentación de la oferta. Agregan que pueden postular proveedores que no se encuentren inscritos en el Registro Electrónico Oficial de Contratistas de la Administración, pero que, en caso de resultar adjudicatarios, deben inscribirse en dicho registro dentro de 15 días hábiles desde notificada la resolución de adjudicación. Adicionalmente, las bases establecen de forma expresa que se permite la postulación mediante una Unión Temporal de Proveedores.

12. En relación con la garantía de seriedad de la oferta, las bases exigen que, si la licitación es por un monto superior a 2.000 UTM, el oferente debe presentar uno o más instrumentos de garantía por el monto que se indique en el anexo respectivo, que no podrá ser superior al 5% del monto total disponible o estimado para la licitación. Agregan que se aceptará cualquier tipo de instrumento de garantía que asegure su cobro de manera rápida y efectiva, pagadera a la vista y con carácter de irrevocable, siempre que cumpla con los demás requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley Nº19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos y de Prestación de Servicios ("Ley de Compras Públicas").

13. En cuanto a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, las bases estipulan que el proveedor adjudicado deberá presentar al respectivo órgano público comprador, una o más garantías, por cada contrato cuyo valor total, individualmente considerado, supere las 1.000 UTM. El monto de la garantía se indicará en un anexo de las bases respectivas, y no podrá ser inferior al 5% ni mayor al 30% del valor total del contrato.

14. En cuanto a la evaluación de las ofertas, las bases establecen que existirá una Comisión Evaluadora especialmente constituida para ese efecto, que estará compuesta por tres integrantes de ChileCompra designados por el jefe de servicio. Excepcionalmente y de manera fundada, uno de los integrantes podrá ser una persona ajena a la Administración, y se establecen ciertas prohibiciones para los miembros de la Comisión, referidas a eventuales conflictos de interés o falta de imparcialidad. La Comisión emitirá un informe de evaluación de ofertas de acuerdo a los criterios contenidos en las bases y propondrá al jefe de servicio la adjudicación. ChileCompra podrá declarar desierta la licitación cuando no se presentaren ofertas o cuando no resulten convenientes a los intereses de los órganos públicos mandantes, declaración que deberá ser fundada.

15. Las bases estipulan que la evaluación de las ofertas se realizará en una sola etapa, considerando todos o algunos de los siguientes criterios: económico (relativo al precio del lote), sustentabilidad y administrativo (cumplimiento de requisitos formales). La ponderación de cada criterio no está determinada en las bases, sino que será determinada en un anexo que se publicará en cada llamado a licitación particular que se efectúe utilizando las bases consultadas. En todo caso, ChileCompra podrá no considerar alguno de estos criterios de evaluación, asignándole un 0% de ponderación. Con todo, la suma de la ponderación de los criterios utilizados debe corresponder al 100%.

16. En relación con el criterio referido al precio, las bases establecen que se comparará el valor bruto del precio total ofrecido por cada oferente, y que el puntaje será asignado de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\textit{Puntaje precio del lote} = \frac{\textit{precio mínimo del lote}}{\textit{precio proponente para el lote}} * 100$$

17. Por su parte, el criterio de sustentabilidad incluye tres categorías: certificaciones específicas, inclusión laboral y fomento de prácticas ambientalmente sustentables. Si el oferente cumple con dos o más ítems, obtiene 100 puntos; si cumple con uno, obtiene 50; y si no cumple con ninguno, no se le asigna puntaje.

18. Por último, el criterio referido al cumplimiento de los requisitos formales se evalúa de la siguiente forma: (i) si el postulante cumple todos los requisitos obtiene 100 puntos; (ii) si corrige aspectos formales dentro del plazo indicado en las bases, se le asignan 50; y (iii) si no subsana oportunamente los errores formales, no obtiene puntos.

19. En caso de empates, prima el mayor puntaje en precio, luego en sustentabilidad y por último en requisitos formales. Si subsiste el empate, prima la oferta que se haya presentado primero. La licitación se adjudica al oferente que obtenga el mayor puntaje total en la evaluación de las propuestas, de acuerdo a lo establecido en las bases.

20. Atendido que las bases consultadas se aplicarán a procesos de compra centralizados, se generarán tantas relaciones contractuales para el proveedor adjudicado como órganos compradores se mencionen en cada llamado a licitación.

21. Los contratos tendrán vigencia desde la total tramitación del acto administrativo que los apruebe y no podrán ser renovados. Sin embargo, las partes de común acuerdo podrán modificar los contratos por motivos fundados, a través de un acto administrativo. La modificación no podrá superar el 30% del valor total del respectivo contrato ni alterar la naturaleza de su objeto.

22. En caso de ser necesario, por la magnitud de la adquisición, el respectivo contrato podrá establecer la entrega de forma parcializada en lotes. Para ello, el órgano comprador incluirá un anexo al contrato que contenga a lo menos las cantidades, productos, fechas y lugares de cada entrega.

23. El proveedor adjudicado deberá cumplir con los niveles de servicio que se detallen en las bases técnicas publicadas en cada licitación. Como parte de estos niveles de servicio, se indicarán las condiciones particulares de entrega.

24. El adjudicatario no puede ceder ni transferir de forma alguna, total ni parcialmente, los derechos y obligaciones derivados de la licitación, en especial, aquellos establecidos en los contratos celebrados con los órganos públicos mandantes. En cuanto a la subcontratación, esta se permite parcialmente, solo respecto de bodegaje, traslado y entrega.

25. En lo referido al pago, se establece que será necesario que el órgano comprador certifique previamente la recepción conforme de los bienes y servicios adquiridos. Una vez realizada dicha recepción conforme, el proveedor deberá enviar la respectiva factura. El pago será efectuado por el órgano comprador que corresponda, dentro de los 30 días corridos siguientes a la recepción conforme de la factura respectiva.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

26. A fojas 32, el 12 de marzo de 2019, se dio inicio al proceso de consulta de autos con el objeto de determinar si las Bases Administrativas Tipo para la adquisición centralizada de papel multipropósito, con sus anexos, contenidos en la Resolución N° 6 de ChileCompra, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley ("Consulta").

27. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica, al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Abatte Productos para Oficina S.A., Comercializadora Rómulo Ltda., Comercial Darío Fabbri Ltda., Comercial Janani Javier Horacio Peña Viñas E.I.R.L., Comercial Red Office Ltda., Comercializadora y Distribuidora de Libros Ltda., Dimerc S.A., Sociedad Comercial Distribución Global Ltda., Distribuidora Absa Ltda., Distribuidora Imjorsan Ltda., Distribuidora Nene Ltda., Distribuidora Ofijet S.A., Víctor Hugo Torres Toloza, Insumos Bailey Ltda., Sociedad Comercial Megastock Ltda., Comercializadora Reicol SpA, Juana Rosa Huenchul Cabeza, Librería Atlantik Ltda., Distribuidora Vergio SpA, Librería Gutiérrez Centro Ltda., Pedro Valenzuela Alister, Comercial Maribel Ramos Sarmiento E.I.R.L., Distribuidora de Productos Computacionales Ltda., Proveedores Integrales Prisa S.A., Bazar y Librería Victoria Ltda., Comercial Barrientos Ltda., Comercial 3-Aries Ltda., Comercial Juan Cas-

tillo E.I.R.L., Felipe Esteban Castillo Valle, Elisabeth Emilia Cortez Muñoz, Industrial y Comercial Meiggs 51 Ltda., Juan Agustín Larraguibel Bórquez, Héctor Rodrigo Rojas Belmar, Humberto Emiliano Gutiérrez Kother, Inversiones e Inmobiliaria César G Soto S y Compañía Ltda., Librería Rey-Ser y Compañía Ltda., Ivan Damir Stipicic Matic, Librería y Comercializadora Santa María SpA, Ingrid Ximena Saavedra Gómez, Cristian Ricardo Jofré Madariaga, Luis Osvaldo Mellado Reyes, Sociedad Comercializadora Macsol Ltda., Patricio Augusto Henríquez Cataldo, Marangunic Hermanos Ltda., Comercial Mónica Ester Lizana Llanos E.I.R.L., Roland Vorwerk y Compañía Ltda., Rosa Orlanda Cáceres Torres, Suc. Francisco Gómez Sáez y Cía. Ltda., Surti Ventas S.A., Sociedad Comercial Tecnoutiles Ltda., Sociedad Comercial Prooffice Ltda., Verónica Beatriz Cáceres Torres y Yanuleque y Cía. Ltda., a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

28. A fojas 109 y 115, aportaron antecedentes Librería Atlantik y Distribuidora Vergio respectivamente. Ambas empresas se dedican a la venta y distribución de artículos de librería y papelería y tienen asiento en la Región del Bío-Bío. En ambos casos, sus principales ventas provienen de licitaciones de organismos públicos.

29. Indican que el modelo de agregación de demanda que se propone en la Consulta se focaliza en la participación solo de grandes agentes económicos, que dispongan de stock, infraestructura y logística necesaria para cumplir con las necesidades que importa la compra a gran escala y centralizada.

30. Señalan que esto podría evitarse estableciendo compras centralizadas solo respecto de zonas geográficas acotadas, que tornen factible la participación de agentes económicos que tienen presencia solo en determinadas áreas del país.

31. A fojas 149 aportó antecedentes Distribuidora Colón. La empresa indica que participa en la venta y despacho de papelería en las regiones del Maule,

Ñuble y Bío-Bío, y que las ventas de papel multipropósito en la plataforma mercado público representan el 23% del total de sus ventas.

32. Señala que actualmente se encuentra vigente el Convenio Marco de Artículos de Escritorio y Papelería, que constituye un mecanismo de agregación de demanda en la contratación pública, que contempla la fase de competencia en la licitación para acceder al Convenio Marco y luego una segunda fase de competencia dentro del Convenio donde los oferentes rivalizan por órdenes de compra.

33. Sostiene que el Convenio vigente da cuenta de una intensa competencia en la segunda fase, entre las empresas presentes en el catálogo, y agrega que este sistema permite que las mejores condiciones de mercado sean inmediatamente incorporadas a las ofertas.

34. Indica que ChileCompra propone sustituir el Convenio Marco por un sistema de adquisición centralizada. Sostiene que la literatura especializada destaca varios beneficios asociados a este tipo de compras, pero también da cuenta de riesgos económicos, administrativos y legales, de los cuales la Consulta no se hace cargo. Entre ellos menciona los siguientes:

(i) Situaciones de significativo poder de mercado de compra, manifestado en condiciones excesivamente estrictas: oferentes podrían restarse y salir del mercado, lo que a su vez produciría un incremento en la concentración y una menor competencia;
(ii) Menores incentivos para ofertar soluciones innovadoras fruto de inversiones en investigación y desarrollo, si el organismo que centraliza las compras se centra únicamente en la eficiencia de corto plazo, entendida como ahorro de costos;
(iii) Mayores incentivos a coludirse, debido a la disminución de los costos de coordinación entre los proponentes y al aumento del tamaño del contrato a adjudicar, lo que no hace viable para los competidores quedarse fuera del mismo;
(iv) Probable salida del mercado de empresas de menor tamaño, que carecen de la capacidad para competir con grandes operadores;

(v) Riesgo de que el órgano comprador quede cautivo frente a un proveedor que puede adoptar conductas oportunistas por la larga extensión del contrato;
(vi) Mayor concentración de la oferta es un elemento adicional que facilita la colusión entre los oferentes; y
(vii) El "efecto cama de agua", en virtud del cual los productores que ven reducidos sus ingresos por menores precios que paga el comprador central, podrían buscar recuperar tales pérdidas de ingresos cobrando más caro a otros compradores relativamente más débiles.

35. Por otra parte, argumenta que las decisiones de agregación de demanda en contratación pública y la modificación del instrumento elegido para ello importa decisiones regulatorias que deben satisfacer ciertos estándares de buenas prácticas que se han omitido en este proceso, según se explica a continuación:

(i) Se desconoce la existencia de estudios o informes de evaluación del desempeño del Convenio Marco que permitan justificar, desde la óptica de un análisis costo beneficio, la conveniencia de reemplazar el sistema actual;
(ii) ChileCompra no ha promovido un procedimiento de estudio participativo sobre el nuevo instrumento de agregación de demanda; y
(iii) Atendido que la literatura especializada da cuenta de que los procesos de agregación de demanda producen la salida del mercado de empresas de menor tamaño, ChileCompra debió dar cumplimiento al procedimiento establecido por el artículo 5° de la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, que ordena practicar una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en este tipo de empresas.

36. Asimismo, señala que no es posible hacer un análisis de competencia adecuado de las bases consultadas, ya que estas no son claras y omiten una serie de asuntos relevantes, tales como: la duración de los contratos; el volumen que se adjudicará; si habrá uno o varios lotes; la frecuencia de las licitaciones; el plazo de entrega como criterio de evaluación; la especificación de la calidad del papel o aspectos de servicio en el despacho y en postventa; y un mecanismo

para internalizar, durante la vigencia del contrato, las variaciones de mercado favorables a ChileCompra y la posibilidad de salir al mercado cuando este ofrezca mejores condiciones que las del contrato adjudicado.

37. En síntesis, considera que ChileCompra no ha presentado una evaluación o diagnóstico del funcionamiento del Convenio Marco al promover su sustitución por un mecanismo de adquisición centralizada, y sostiene que no existen antecedentes que permitan anticipar que los ahorros de costos de corto plazo podrían más que compensar las economías que actualmente se están alcanzando con el Convenio. Por el contrario, considera que, en el largo plazo, el mecanismo propuesto podría traducirse en estructuras concentradas de la industria, menor competencia y condiciones de adquisición más desfavorables que las actuales para las entidades contratantes. Añade que la carga de la prueba acerca de los beneficios y costos de modificar el sistema del Convenio Marco actual, recaen en ChileCompra.

38. Con todo, en caso que ChileCompra persevere en su intención de compra centralizada, propone incorporar los siguientes elementos a las bases tipo:

(i) Menor plazo de entrega entre los criterios de adjudicación;
(ii) Referencias a los volúmenes o lotes que se pretenden adjudicar, o rango de ellos;
(iii) Referencias a la calidad del papel;
(iv) Referencias a los servicios de entrega y postventa;
(v) Ecuación que permita internalizar en el contrato los cambios de mercado que resulten favorables a los intereses de las entidades públicas tal como es posible hoy bajo el Convenio Marco vigente; y
(vi) La posibilidad que tengan las entidades públicas, dadas ciertas circunstancias, de salir a buscar las ofertas más favorables que existieren en el mercado.

39. A fojas 166 aportó antecedentes la Fiscalía. En primer lugar, hace referencia a las distintas modalidades de compras públicas e identifica seis modalidades distintas, siendo las compras centralizadas una de dichas modalidades.

40. Indica que las compras centralizadas se caracterizan porque una entidad denominada "Organismo Central de Compras" concentra la decisión sobre los distintos aspectos de compra, con el objetivo de obtener ahorros derivados de menores costos administrativos y de gestión de las entidades agrupadas. Agrega que, en Chile, esta modalidad se utiliza para la adquisición de medicamentos a través de la Cenabast y ha sido empleada tres veces por ChileCompra desde la dictación de la Ley de Compras Públicas. Destaca que este modelo de compras centralizadas es el que ha decidido utilizar ChileCompra para la adquisición de papel multipropósito.

41. En cuanto al mercado, la Fiscalía señala que, en Chile, al año 2018, el 100% del papel multipropósito era importado y que no existía producción local. Agrega que Brasil era el principal país de origen de este producto en el mercado chileno, con un 77% del total importado.

42. En relación con el tamaño del mercado, indica que en 2018 se importaron cerca de 100 mil toneladas de papel multipropósito, por un valor cercano a los 100 millones de dólares. Destaca que las compras públicas representaron el 22% de las adquisiciones de dicho papel en 2018, lo que representa menos de un cuarto del total del mercado.

43. Acerca de la organización de la industria, indica que es posible distinguir un mercado mayorista en el que participan los importadores, y un mercado minorista más atomizado en que también participan empresas proveedoras de artículos de oficina, librerías y supermercados.

44. Agrega que, en 2018, cinco empresas concentraron más del 92% del total del valor importado de papel multipropósito en el mercado mayorista, lo que da cuenta de un índice HHI superior a 2.500.

45. Indica que dichas empresas no importan únicamente papel multipropósito sino una variedad más amplia de productos para la industria gráfica o insumos para oficinas, y sostiene que las mismas empresas importadoras también participan del mercado minorista, distribuyendo a consumidores finales privados y al Estado a través del Convenio Marco.

46. La Fiscalía señala que los precios de importación tuvieron una tendencia creciente en 2018, motivada por las fluctuaciones del precio de la celulosa, que es el principal insumo del producto, y del tipo de cambio. Por otra parte, señala que las principales empresas importadoras declararon que el rubro del papel multipropósito no representa más del 25% del total de sus ingresos.

47. En cuanto a las barreras de entrada, sostiene que no se observan dificultades respecto de la importación, debido a que la oferta de proveedores internacionales es variada, y que la principal dificultad para importar es contar con la capacidad financiera necesaria para asumir los riesgos de la volatilidad cambiaria y tener el capital de trabajo para mantener un stock suficiente.

48. Indica que, en el sector público, el principal canal de provisión de papel multipropósito es el Convenio Marco, que fue adjudicado en enero de 2015 con una vigencia de seis años, y agrega que este canal concentró el 95% de las compras públicas de dicho producto en 2018.

49. Señala que en el proceso de licitación del Convenio Marco fueron seleccionadas 166 empresas, las que registraron 190 tipos de papel distintos. Con todo, más del 99% de las compras públicas corresponden a un mismo tipo: papel alcalino 75 gr/m2, tamaño oficio, carta o A4.

50. En cuanto a la demanda de papel multipropósito por parte de los organismos públicos, indica que se han realizado un promedio de 31.800 órdenes de compra anuales en virtud del Convenio Marco, y que la demanda se concentra en municipalidades, con un 38% del total, y el gobierno central, con un 24%.

51. Agrega que, además del Convenio Marco, en un porcentaje menor, las entidades públicas han comprado papel multipropósito a través de grandes compras conjuntas, agregando demanda de dos o más instituciones, y sostiene que, en la mayoría de los casos, este mecanismo logró obtener precios más bajos que aquellos alcanzados mediante el Convenio Marco.

52. En el contexto del análisis de competencia que realiza la FNE, esta previene que los riesgos detectados son particulares respecto del mercado del papel

multipropósito y que no son extrapolables a la adquisición de otros bienes o servicios. Asimismo, precisa que su pronunciamiento se restringe específicamente a las bases tipo acompañadas por ChileCompra en su Consulta.

53. En cuanto al mercado relevante, la Fiscalía indica que corresponde a la comercialización de papel multipropósito en sus diversos tamaños. El mercado más amplio a considerar correspondería a todo el territorio nacional. Sin embargo, si se establecen zonas de despacho más reducidas o se consolida la compra de servicios ubicados sólo en ciertas comunas o regiones, la dimensión geográfica será más restringida.

54. La Fiscalía analiza los potenciales riesgos unilaterales de abuso de poder de compra por parte del Estado en este mercado. En ese contexto, señala que las compras del Estado representaron menos del 25% del total de importaciones de papel multipropósito, de modo que es posible descartar una posición de dominio por parte de éste. Agrega que resulta poco probable que se puedan identificar lugares geográficos donde el Estado tenga una participación desmedida en la demanda. Además, dado que es un producto importado, incluso un monopsonio local no tendría la capacidad de ejercer poder de compra. En consecuencia, descarta riesgos de abuso de poder de compra por parte del Estado.

55. Asimismo, señala que en su investigación tampoco se detectaron riesgos coordinados, aunque no profundiza mayormente en ello.

56. Luego, analiza los potenciales riesgos anticompetitivos en el diseño de las bases, e identifica una serie de problemas que podrían acotar las eficiencias pretendidas mediante la compra centralizada.

57. En primer lugar, plantea que la indeterminación de la ponderación de los criterios de evaluación de las ofertas es riesgosa, ya que se podría dar exceso de importancia a criterios de sustentabilidad y/o administrativo, en desmedro de la oferta económica, generando barreras artificiales a la participación. Ante ello, sugiere establecer una ponderación fija o al menos un rango para cada criterio, con preeminencia del factor precio.

58. A continuación, se refiere a la falta de precisión de aspectos técnicos y comerciales. Indica que no es posible evaluar la presencia de requisitos arbitrarios o excesivos que puedan constituir barreras de entrada. Agrega que los requisitos técnicos deben ser objetivos y generales, de modo de reducir la discrecionalidad de la entidad licitante y fomentar la competencia por precio. También destaca el potencial efecto negativo de contratos muy largos o que cubran todo el territorio nacional, pues podrían limitar el número de participantes en la licitación.

59. En tercer lugar, indica que, el hecho de que ciertos aspectos logísticos relevantes queden indeterminados en las bases y se definan recién a la fecha de la adjudicación, genera incertidumbre para los oferentes. Especialmente, atendido que los costos de transporte son relevantes en relación al valor del producto. Sostiene que esto podría tener dos efectos; desincentivar la participación e impedir que existan ofertas a costo mínimo, ya que la incertidumbre del negocio se podría traspasar al precio ofertado.

60. Luego, señala que la facultad de ChileCompra de modificar el contrato y de prorrogarlo, debería ser utilizada de forma excepcional, pues de lo contrario se podría afectar la libre concurrencia y la igualdad entre los oferentes.

61. En quinto lugar, destaca que los contratos de largo plazo podrían verse expuestos a la variación del precio de la celulosa y al riesgo cambiario, por lo que sería necesario incorporar un mecanismo de indexación de precios.

62. Enseguida, plantea que en los mecanismos de agregación de demanda los montos involucrados son mayores, por lo que las empresas oferentes requerirán contar con mayor solvencia financiera, y cuestiona la ausencia de un mecanismo que garantice regularidad en los pagos.

63. Por último, resalta la falta de criterios para la agrupación de servicios públicos mandantes. Al respecto, indica que, desde un punto de vista geográfico, es necesario que los servicios públicos agrupados tengan cierta proximidad en sus puntos de entrega, y agrega que el perfil de riesgo de los órganos agrupados también debiera ser similar.

64. A fojas 247 aportó antecedentes Antalis Chile Limitada. La empresa sostiene que el modelo de compra centralizada que pretende implementar ChileCompra impone barreras artificiales a la entrada, pues limita la participación a las empresas que cuentan con capacidad de satisfacer los grandes volúmenes de compra que podrían ser licitados.

65. En ese sentido, agrega que el modelo propuesto puede generar la salida de actores del mercado, y con ello, aumentar la concentración, lo que a su vez redundaría en un incremento de los riesgos anticompetitivos unilaterales y coordinados.

66. A fojas 256 aportó antecedentes Dimerc. En su opinión, la indeterminación de la ponderación de los criterios de evaluación en las bases tipo tiene riesgos para la competencia, ya que eventualmente se podría asignar una ponderación muy alta a elementos distintos del precio.

67. Por otra parte, señala que el criterio de evaluación relativo a la sustentabilidad podría actuar como una barrera a la entrada de algunas empresas, y agrega que la indeterminación de los requisitos técnicos mínimos que regirán la licitación, podría actuar como una potencial barrera de entrada según los criterios que en definitiva se establezcan. Por ejemplo, podrían solicitarse productos de alguna marca en particular, lo que sería atentatorio contra la libre competencia.

68. A fojas 349, ChileCompra presentó antecedentes complementarios de su Consulta, en los que se hace cargo de las críticas y recomendaciones efectuadas por la FNE.

69. En cuanto a la indeterminación de la ponderación de los criterios de evaluación, concuerda con la recomendación de la FNE y propone que la ponderación del precio no pueda ser inferior al 90% del total.

70. Respecto de la falta de precisión en relación a los aspectos técnicos y comerciales, indica que, dado que estas son unas "bases tipo", dichos aspectos serán detallados en las bases técnicas para cada uno de los llamados a licitación.

Agrega que tomará la prevención de establecer requisitos objetivos y razonables. Asimismo, señala que las especificaciones de los productos serán genéricas y no se hará referencia a marcas en particular.

71. Acerca de la determinación de aspectos logísticos en la adjudicación, plantea que elementos como cantidad, tipo de productos y puntos de entrega, serán explicitados antes de la adjudicación, en las bases técnicas de cada licitación.

72. En relación con la facultad del órgano comprador de modificar el contrato y prorrogarlo, precisa que las limitaciones que contempla el Reglamento de la Ley de Compras Públicas neutralizan cualquier riesgo de abuso en el ejercicio de dicha facultad.

73. En cuanto a la ausencia de un mecanismo de indexación de precios, indica que los contratos serán de ejecución inmediata, extinguiéndose la relación contractual con la entrega de los bienes y el pago correspondiente. No obstante, para entregar mayor certeza, propone establecer como límite máximo de duración del contrato un plazo de seis meses.

74. En lo relativo a la asimetría de las obligaciones entre las partes, indica que agrupará a los organismos públicos compradores de forma tal de concentrar en un mismo proceso de compra únicamente a aquellos que presentan homogeneidad en cuanto a sus programas de pago. Agrega que se informará oportunamente qué organismos participarán del proceso de compra respectivo. Además, se contemplarán mecanismos para que los oferentes puedan reclamar por el no pago oportuno de sus prestaciones.

75. Por último, respecto a la falta de criterios para la agrupación de servicios públicos mandantes, señala que cada proceso de compra se extenderá, como máximo, a organismos que compongan un mismo ministerio. Además, criterios de proximidad geográfica podrán ser considerados con miras a aprovechar las redes de distribución, y se agruparán aquellos organismos cuya capacidad de pago sea similar.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

76. A fojas 322 consta la citación a la audiencia pública correspondiente para el día 10 de septiembre de 2019, a las 9:30 horas. La publicación de la citación en el Diario Oficial se efectuó el 6 de agosto de 2019, según consta a fojas 323, mientras que la publicación en la página web del Tribunal se realizó el 9 de septiembre del mismo año.

77. En la audiencia pública, como consta a fojas 437, intervinieron los apoderados de la Consultante y de los aportantes de antecedentes Distribuidora Colón y Fiscalía Nacional Económica.

II. PARTE CONSIDERATIVA

1. Como hemos señalado, la Dirección ChileCompra ha solicitado un pronunciamiento respecto de si las Bases Administrativas Tipo para la Adquisición Centralizada de Papel Multipropósito y sus Anexos (en adelante, "las Bases") se ajustan a las disposiciones del D.L. Nº 211, y en caso de que se estime necesario, se proceda a la fijación de las condiciones necesarias para evitar una infracción a dicha normativa.

2. Como ha señalado la Excma. Corte Suprema ("CS"), la competencia de esta Magistratura es amplia y general para juzgar actos de los órganos de la administración del Estado. En efecto, las *"normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurran al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción"* (CS, rol N° 6100/2010, de 28 de enero de 2011, c.6). Igual cosa se ha fallado en esta sede (por ejemplo, en sentencia TDLC Nº 114/2011, c.9 y Nº 138/2014, c.7).

3. No obstante, esta amplitud, es evidente que no toda cuestión relativa a bases de licitación públicas puede ser revisada en esta sede, sea por vía de consulta u otra. De aquí la necesidad de acotar el objeto del pronunciamiento en cada caso concreto.

4. En primer término, las Bases son "tipo" o "generales", esto es, contienen un conjunto de disposiciones aplicables a la totalidad de los contratos de una misma categoría. Por definición, entonces, existe una serie de aspectos que serán especificados de manera individual y determinada en bases técnicas particulares en cada licitación, en función de su objeto y las necesidades administrativas, como es el caso, por ejemplo, del producto licitado y sus características. Aunque las bases particulares deben necesariamente utilizar los contenidos mínimos de las Bases y establecer sólo requisitos objetivos y razonables (como la propia consultante lo reconoce), ellas pueden de todos modos contener restricciones infundadas a la competencia. Por esto, sin perjuicio del pronunciamiento que emitiremos acerca de los aspectos que serán detallados en ellas, nada de lo señalado en esta Resolución debe ser entendido como un obstáculo para que cualquier legitimado pueda realizar las solicitudes o ejercer las acciones que estime pertinentes respecto de las licitaciones particulares.

5. Enseguida, existen en general dos órdenes de cuestiones que pueden ser analizadas en un procedimiento consultivo cualquiera de bases de licitación públicas. El primero comprende cuestiones de estricta legalidad o, en otras palabras, dilucidar si el respectivo órgano administrativo actúa dentro del ámbito de sus competencias al optar por el mecanismo licitatorio y condiciones establecidas en las bases de licitación. El segundo, comprende el análisis específico de las condiciones de competencia creadas por las bases en el mercado de que se trate.

6. En el presente caso, dentro de las cuestiones de legalidad posibles de ser analizadas en un procedimiento consultivo, por afectar potencialmente la libre competencia, se encuentra, por ejemplo, dilucidar si ChileCompra puede actuar en representación de dos o más servicios para la adquisición del papel multipropósito y si es posible que se efectúe discrecionalmente un cambio en la metodología de asignación (en este caso, de "Contrato Marco" a "Licitación Pública"). Por el contrario, la verificación de otras cuestiones de legalidad (por ejemplo, si se han respetado, en general, las exigencias legales y reglamentarias para el diseño de bases de licitación, en particular, aquellas que establecen los elementos que necesariamente deben contener las bases, indicados en el artículo 6º del Reglamento de la Ley de Compras Públicas) excede claramente las competencias de esta Magistratura.

7. Respecto de este tipo de cuestiones, el principio general es que no es posible ordenar modificaciones de bases en contravención al principio de legalidad (véase la sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 1855-2009, de 15 de junio de 2009, c.8). La única razón por la que resulta necesario referirse a las dos primeras cuestiones mencionadas en el párrafo precedente es que ellas podrían generar ciertas dudas desde la óptica de la libre competencia.

8. Una primera cuestión de legalidad a la que es necesario referirse dice relación con la posibilidad de representar a más de un servicio. A este respecto, baste señalar que ChileCompra está amparado por la autorización expresa que establece el artículo 30 letra e) de la Ley de Compras Públicas, de acuerdo con el cual dicho organismo puede *"Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios* [...]*"*.

9. La segunda cuestión de legalidad –el cambio de metodología– requiere de un mayor análisis. Ante todo, es conveniente dejar establecido que se trata de una cuestión sobre la cual ChileCompra posee discrecionalidad. Como toda base general, las Bases en este caso son, en cierto sentido, equivalentes a un reglamento administrativo, es decir, una disposición jurídica de carácter general, subordinada a la ley y dictada unilateralmente por la autoridad administrativa. Este carácter no sólo determina su obligatoriedad, tanto para los oferentes como para licitantes, sino que permite al órgano administrativo establecer el mecanismo licitatorio con libertad dentro de las opciones que la ley le confiere, entre las cuales, se encuentra, por cierto, aquél por el que se ha optado en este caso.

10. Por lo demás, y sólo a mayor abundamiento, ChileCompra ha indicado que las Bases sólo serán utilizadas una vez que termine el Convenio Marco de Artículos de Escritorio y Papelería actualmente vigente. Sin embargo, sostiene que utilizará las Bases antes de esa fecha siempre que la entidad contratante acredite a ChileCompra la existencia de condiciones más ventajosas que las de dicho Convenio, las cuales deben ser objetivas, razonables y justificadas, como sería, por ejemplo, una mejor relación costo-beneficio del bien adquirido. En efecto, en el considerando 6° de la resolución que aprueba las Bases se señala que *"Si la*

entidad licitante desea usar antes estas bases, deberá acreditar la existencia de condiciones más ventajosas a las del citado convenio marco, de conformidad con el art. 15 del Reglamento aprobado por decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda". En este último artículo, a su vez, se indica que *"Las condiciones más ventajosas deberán referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la Entidad* [licitante]*, tales como, plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir. En el evento que la Entidad obtenga condiciones más ventajosas respecto de un bien o servicio contenido en el Catálogo, deberá informarlo a la Dirección de Compras, a través del canal que esta disponga"*.

11. Establecido que las cuestiones de legalidad antes planteadas no presentan *a priori* problemas desde la perspectiva de la libre competencia, corresponde referirse ahora a la compatibilidad del diseño de las Bases con las normas del D.L. Nº 211.

12. Según da cuenta la parte expositiva, diversos intervinientes cuestionaron algunas de las propuestas específicas hechas por ChileCompra en su presentación de fojas 23, sosteniendo que varias de ellas podrían ser perjudiciales o contrarias a la competencia. En especial, Distribuidora Colón y la Fiscalía plantearon con mayor detalle propuestas para remediar esta situación.

13. En respuesta a estos planteamientos, en especial aquellos manifestados por la FNE, ChileCompra, mediante presentación de fojas 349, se allanó a algunos y señaló que introduciría enmiendas a su propuesta original de Bases.

14. Normativamente, el allanamiento a las propuestas de la FNE se encuentra expresamente establecido en el artículo 31 Nº 2 del D.L. Nº 211, de acuerdo al cual el consultante puede *"evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas"*. Esto se explica en la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento utilizado para la revisión de las consultas, así como en los objetivos generales de éstas. Ello redunda en que, en estos casos, es posible aceptar modificaciones al objetivo originalmente consultado sin menoscabar los derechos de los intervinientes.

15. Por lo anterior, en este caso emitiremos un pronunciamiento acerca de la compatibilidad de la versión modificada de las Bases con las normas protectoras de la libre competencia, por cuanto entendemos que es la voluntad de ChileCompra diseñarlas de esta forma. En otras palabras, toda aprobación o rechazo que dé cuenta la presente Resolución debe entenderse hecha únicamente a las Bases con las características indicadas en la presentación de fojas 349, las que se detallan y analizan en los párrafos siguientes.

16. En términos generales, las Bases se refieren esencialmente a tres ámbitos: a la licitación misma, a la adjudicación y al contrato una vez adjudicada una licitación en particular.

17. En lo que respecta a los aspectos relativos a cada licitación, ChileCompra propone lo siguiente:

17.1. Las características del producto serán detalladas en bases técnicas particulares, que se publicarán en Mercado Público en cada licitación que se lleve a cabo utilizando las Bases. Mercado Público es una plataforma electrónica administrada por ChileCompra, en donde más de 850 Organismos Públicos realizan sus compras de productos y servicios que el Estado necesita (fuente: www.mercadopublico.cl). Lo que las bases técnicas establezcan respecto de las características de los productos será considerado como un requisito mínimo obligatorio, de modo que la oferta que no cumpla con ellos será declarada inadmisible. ChileCompra sostiene que tomará la prevención de establecer requisitos objetivos y razonables; y que las especificaciones serán genéricas, es decir, sin hacer referencia a marcas en particular;

17.2. Se permitirá la participación de Unión Temporal de Proveedores;

17.3. ChileCompra agrupará los organismos públicos de modo de concentrar en un mismo proceso de compra a aquellos que presentan homogeneidad en sus programas de pago;

17.4. Cada licitación tendrá como máximo de servicios públicos participantes aquellos organismos que compongan un mismo ministerio. Criterios de

proximidad geográfica podrán ser considerados con miras a aprovechar las redes de distribución;

17.5. Se establecerá una garantía de seriedad de la oferta: si la licitación es por un monto superior a 2.000 UTM, el oferente deberá presentar, junto a su oferta, uno o más instrumentos de garantía por el monto que indique en cada caso el Anexo N° 5, no pudiendo dicho monto ser superior al 5% del valor total licitado. Es decir, las Bases no especifican la garantía, sino sólo su existencia y monto máximo. Sí se señala que se aceptará cualquier tipo de instrumento de garantía que asegure su cobro de manera rápida y efectiva, pagadera a la vista y con carácter de irrevocable, siempre que cumpla con los demás requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley de Compras Públicas; y,

17.6. Se establecerá una garantía de fiel cumplimiento del contrato: el proveedor adjudicado deberá presentar al respectivo órgano público comprador, una o más garantías, por cada contrato, cuyo valor total, individualmente considerado, supere las 1.000 UTM. Para los contratos en que proceda, el monto de la garantía será equivalente al porcentaje indicado en el Anexo N° 5, el que no podrá ser inferior al 5% ni mayor al 30% del valor total del respectivo contrato. Al igual que el caso anterior, las Bases no especifican esta garantía.

18. En lo que respecta a la adjudicación de cada licitación en particular, ChileCompra propone lo siguiente:

18.1. ChileCompra podrá declarar desierta una licitación específica cuando no se presentaren ofertas o cuando el resultado de la misma no resulte conveniente a los intereses de los órganos públicos mandantes. Dicha declaración deberá ser fundada;

18.2. La evaluación de las ofertas considerará todos o algunos de los siguientes criterios: económico (precio del lote), sustentabilidad (certificaciones específicas, inclusión laboral y fomento de prácticas ambientalmente sustentables) y administrativo (cumplimiento de requisitos formales). La

ponderación de cada criterio se publicará en cada llamado a licitación. Al criterio de sustentabilidad o administrativo se le podrá asignar un 0% de ponderación, y el criterio económico no podrá tener una ponderación inferior al 90% del total; y,

18.3. En caso de empate, primará el mayor puntaje en precio; luego en sustentabilidad; y luego en requisitos formales. Si subsiste el empate, primará la oferta que se haya presentado primero.

19. Finalmente, en lo que respecta al contrato que debe ser suscrito con el adjudicatario, ChileCompra propone que las Bases contemplen los siguientes aspectos:

19.1. Atendido que las Bases se aplicarán a procesos de compra centralizados, se generarán tantas relaciones contractuales para el proveedor adjudicado como órganos compradores se mencionen en el Anexo N° 1, el que será publicado en cada llamado a licitación particular;

19.2. Los contratos serán de ejecución inmediata, tendrán vigencia desde la total tramitación del acto administrativo que los apruebe, su duración no se extenderá por más de seis meses y no podrán ser renovados;

19.3. En caso de ser necesario, el respectivo contrato podrá establecer una entrega parcializada en lotes. El órgano comprador incluirá un anexo que contenga a lo menos cantidades, productos, fechas y lugares de cada entrega;

19.4. Las partes, de común acuerdo, podrán modificar los contratos por motivos fundados, a través de un acto administrativo. Con todo, la modificación no podrá superar el 30% del valor total del contrato ni alterar su objeto. Además, a decir de ChileCompra, las limitaciones que contempla actualmente el Reglamento de la Ley de Compras Públicas, tales como que las prórrogas se encuentran limitadas a un monto máximo de 1.000 UTM, neutralizan cualquier riesgo de abuso en el ejercicio de dicha facultad;

19.5. El adjudicatario no podrá ceder ni transferir los derechos y obligaciones derivados de la licitación;

19.6. La subcontratación se permitirá solo parcialmente, para efectos del traslado, bodegaje y entrega;

19.7. Para efectos del pago, se requerirá que el órgano comprador certifique previamente la recepción conforme de los bienes. El proveedor deberá enviar la factura respectiva una vez realizada la recepción conforme. El pago se efectuará por el órgano comprador que corresponda, dentro de los 30 días corridos siguientes a la recepción conforme de la factura; y,

19.8. Aspectos logísticos como cantidad, tipo de productos y puntos de entrega, serán explicitados en las bases técnicas correspondientes a cada uno de los llamados a licitación.

20. Desde la perspectiva de la libre competencia, como principio general al elaborar bases de licitación, la administración debe tener especial cuidado en resguardar que, a través de sus cláusulas, se asegure al menos una rivalidad mínima entre proponentes, pues ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables (en este sentido, véanse Giorgio Monti, *EC Competition Law*, CUP, 2007, p.22; y Richard Whish, *Competition Law*, OUP, 6a ed., p.3; y la sentencia TDLC Nº 138/2014, c.16). Esta mínima rivalidad es la que permite materializar, entre otros, los principios de igualdad de tratamiento entre oferentes y libre concurrencia, consagrados en la Ley de Compras Públicas.

21. En el ámbito de asignación de monopolios, la jurisprudencia señala que la mantención de estas condiciones "[…] *se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases*" (sentencia TDLC Nº138/2014, c.16). Iguales condiciones son aplicables, *mutatis mutandi*, al ámbito de las compras públicas;

22. En primer término, a fojas 153 Distribuidora Colón sostuvo que el mecanismo de agregación de demanda en licitaciones repetidas generaría mayores riesgos de coordinación, pues aumentarían los incentivos a coludirse.

23. A este respecto, cabe señalar que ni ChileCompra ni la FNE aportaron antecedentes o realizaron observación alguna. Con todo, ciertos datos aportados son útiles de considerar para estos efectos. Así, el hecho de que existan 166 empresas inscritas en el Convenio Marco para la provisión de papel multipropósito, conforme fuera indicado por la FNE a fojas 182, vuelve poco probable que se verifiquen riesgos de coordinación en las licitaciones, dado que, como indica la literatura especializada, la coordinación entre competidores se ve dificultada mientras mayor sea su número en el mercado (*véase M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright y J. Tirole. The Economics of Tacit Collusion. Final Report for DG Competition, European Commission, marzo 2003, p. 12*). Por otra parte, la FNE informó a fojas 181 que no se observan grandes dificultades para importar el producto, debido a que la oferta de proveedores es variada, siendo esto otra característica del mercado que disciplinaría eventuales riesgos coordinados.

24. Junto a lo anterior, la facultad establecida en el artículo 9.6 de las Bases, que permite declarar desierta una licitación, de forma fundada, cuando las ofertas no resulten convenientes a los intereses del mandante, es un resguardo general adecuado frente a eventuales riesgos de ilícitos anticompetitivos coordinados. A mayor abundamiento, el resguardo de los intereses del mandante se ve facilitado por el carácter homogéneo del producto y el conocimiento previo existente respecto a los precios de mercado del papel multipropósito, los que a su vez se basan en el precio de la celulosa (su principal insumo), un *commodity* cuyo precio se transa a nivel internacional. Todo ello permite descartar el riesgo de coordinación que pudiese derivar del cambio de modalidad propuesto por la Consultante.

25. En segundo término, en lo que respecta a los riesgos unilaterales, cabe señalar que la unificación de demanda que se permitiría efectuar en virtud de las Bases no confiere a ChileCompra un poder comprador suficiente que le permita cometer actos anticompetitivos. Al respecto, debe recordarse que, como se estableció en la Resolución Nº 50/2017 (párrafo 61), la sola existencia de este poder es insuficiente para acreditar un atentado a la competencia, siendo necesario, además, que se abuse de dicho poder.

26. Para efectos de determinar la existencia de poder de compra, se requiere definir el mercado relevante para la presente consulta, el cual está determinado, tanto en su dimensión del producto como geográfica, por el carácter general de las Bases.

27. Desde el punto de vista del producto, en la jurisprudencia de libre competencia se ha señalado que, en el contexto de una licitación pública, cuando es el Estado quien actúa como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, el mercado relevante es aquel al cual pertenecen los bienes o servicios licitados (Sentencia N° 168/2019, c.10°). En razón de lo anterior, en el presente caso el mercado relevante del producto consiste en la comercialización de papel multipropósito en sus diversos formatos, definición que es, por lo demás, compartida tanto por la FNE (fojas 188) como por la Consultante (fojas 354).

28. En lo que respecta al mercado relevante geográfico, este tiene un alcance nacional pues, como señala la FNE a fojas 188, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley de Compras Públicas y a lo indicado en el Anexo N° 1 de las Bases, podrán actuar como mandantes (esto es, quienes solicitan que se realice una licitación en particular) servicios públicos ubicados en todo el país, siendo uno de los criterios de agrupación el que los servicios pertenezcan a un mismo Ministerio.

29. En el mercado así definido, la FNE sostuvo, a fojas 188, que las compras realizadas por el Estado representan un cuarto del total demandando dentro del territorio nacional, siendo el resto de las ventas de papel multipropósito atribuibles a lo que demanda el sector privado. Esta cifra no fue cuestionada por ninguna de las demás partes del proceso.

30. Siendo así, es posible afirmar que, mediante la eventual agregación de demanda que se produciría empleando el mecanismo de licitación propuesto por ChileCompra, el Estado no podría actuar como un monopsonio ni cuenta con el poder de mercado suficiente como para generar efectos anticompetitivos unilaterales sobre los comercializadores de este producto.

31. Finalmente, no vislumbramos que ninguna de las condiciones específicas establecidas en los párrafos 17 a 19 de esta Resolución –que, reiterando, corres-

ponden a la propuesta de ChileCompra con las modificaciones que se introducirían a las Bases de acuerdo a lo sostenido a fojas 349– impida, restrinja o entorpezca la competencia.

32. Entre ellas, es necesario referirse particularmente a la señalada en el párrafo 18.2, relativa a la forma de asignación de la licitación en base a la ponderación de tres criterios: económico, de sustentabilidad y administrativo; no pudiendo el primero tener un peso menor al 90% en la ponderación. En este caso particular no hemos considerado reprochable este mecanismo de asignación propuesto por ChileCompra, atendido que la eventual disminución porcentual de la eficiencia por la posibilidad de no adjudicar la licitación a la oferta presentada con el menor precio, se encuentra acotada y responde a otros objetivos deseables desde una perspectiva de política pública.

33. Por tanto, de todo lo analizado es posible concluir que no existen antecedentes en autos que permitan sostener que las Bases no se ajustan al D.L. N° 211.

34. No obstante, como hemos indicado, nada impide que terceros que pudieren verse afectados por eventuales infracciones a la libre competencia presenten las acciones o consultas que en su concepto procedan respecto de bases de licitación específicas dictadas por ChileCompra en procesos de licitación en particular.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que las Bases Administrativas Tipo para la adquisición centralizada de papel multipropósito, con sus anexos, contenidos en la Resolución N° 6 de ChileCompra, se ajustan al D.L. N° 211, en la medida que ellas se atengan, sin modificaciones, al contenido explicitado en los párrafos 17, 18 y 19 de la parte considerativa de la presente Resolución.

Se previene que los ministros Sra. Domper y Sr. Hermann estuvieron por aprobar las Bases sujeto a la modificación del criterio de asignación de la licitación, en el sentido de que, atendidas las características del mercado de que se trata, el criterio económico debiera tener el 100% de ponderación. Ello, por cuanto sólo de ese modo se asegura que la licitación sea adjudicada al precio más bajo ofertado.

Se previene, además, que la Ministra Sra. Domper estuvo por aprobar las Bases con las siguientes observaciones:

(i) Si lo que se busca es fomentar la libre competencia, es de su parecer que sería mejor introducir cambios al Convenio Marco vigente, que permitan una entrada más frecuente de nuevos operadores a la plataforma de ChileCompra, siempre que cuenten con los requisitos para ello.

(ii) Si se reemplaza el sistema de Convenio Marco para la compra de papel multipropósito y se implementa sólo la posibilidad de adquirir el producto mediante un sistema de compra centralizada, esto podría no garantizar la flexibilidad que se requiere para que se produzcan las transacciones de compra y venta de papel multipropósito. La política de despacho es un elemento importante para los compradores, además del precio y del nivel de incumplimiento, todo lo cual amerita un sistema flexible. Por el contrario, el cambio podría generar mayores dificultades administrativas y costos al Estado, costos que podrían neutralizar o incluso superar las eficiencias que se espera alcanzar por la agregación de demanda con el mecanismo propuesto. Todo lo anterior redundaría en un número menor de transacciones que el óptimo.

(iii) En consecuencia, todo parece indicar que, de adoptarse la compra centralizada, esta no debiera sustituir del todo a la modalidad de Convenio Marco. Por el contrario, cada ente público debiera, voluntariamente, optar por uno u otro sistema.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes. Archívese en su oportunidad.
Rol NC N° 453-19.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Jorge Hermann Anguita. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

59 / 2019

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 59/2019

(Causa Rol NC N° 448-18)

"Consulta de Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico."

Fecha dictación: 4 de diciembre de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Consultante: Subsecretaría de Telecomunicaciones ("Subtel" o "Subsecretaría").

Entidades que aportaron antecedentes: Interexport Telecomunicaciones y Servicios S.A., GTD Grupo Teleductos S.A., Qualcomm Serviços de Telecomunicações LTDA., Colegio de Ingenieros de Chile A.G., Servicio Nacional del Consumidor, Voissnet Cloud Services S.A., OPS Ingeniería Limitada, QIN Technology SpA, Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, Netline Mobile S.A., WOM S.A., Claro Chile S.A., Entel Telefonía Local S.A., Entel PCS Telecomunicaciones S.A., Fiscalía Nacional Económica, VTR Comunicaciones SpA y Telefónica Móviles Chile S.A.

Objeto del proceso: Pronunciamiento sobre la modificación del límite máximo de espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, establecido en 60 *Megahertz* ("MHz") por la sentencia Rol N° 4.797-2008 de la Excma. Corte Suprema.

Mercado afectado: Mercado de servicios de telefonía móvil.

Resolución del Tribunal: El Tribunal resolvió que correspondía revisar el límite, atendido que las condiciones de competencia han variado sustantivamente, tanto en términos del espectro asignado a los diversos servi-

cios de telefonía móvil, como en cuanto a las nuevas tecnologías en uso, la estructura de los mercados relevantes y la penetración de servicios móviles en el país (datos y telefonía). Para efectos de fijar los nuevos límites máximos de espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio de telefonía móvil, el Tribunal consideró, especialmente, las siguientes circunstancias: (i) el equilibrio que debe existir entre las razones de competencia y los objetivos de política pública sectorial; (ii) la conveniencia de establecer límites porcentuales por sobre fijos; (iii) las propiedades de cada una de las macrobandas que componen el espectro radioeléctrico; (iv) los objetivos o estándares IMT-2020; (v) la necesidad multicapa de un operador creíble; (vi) el requerimiento de espectro contiguo en ciertas bandas; y (vii) la asimetría en la tenencia de espectro.

De este modo, se resolvió fijar los siguientes límites del espectro respecto de cada una de las macrobandas que fueron definidas por el Tribunal, los que regirán conforme al ámbito territorial definido por Subtel, es decir, se impondrán sobre cada unidad territorial o zona:

1. Macrobanda baja (inferior a 1 GHz): un límite de tenencia de espectro de 35% por operador.

2. Macrobanda media baja (entre 1 y 3 GHz): un límite máximo de 30% por operador.

3. Macrobanda media (entre 3 y 6 GHz): se fijaron las siguientes medidas especiales para el corto, mediano y largo plazo:

a) En el corto plazo, Subtel no podrá subastar bloques contiguos que, en suma, sean inferiores a 40 MHz por operador. De este modo, deberá contar, en una primera subasta, con al menos 80 MHz de espectro, asegurando así la existencia de un mínimo de dos operadores.

b) En el mediano plazo, la Subsecretaría, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 40 MHz contiguos cada uno.

c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de espectro de 30% para esta macrobanda, debiendo cada operador tener un mínimo de 80 MHz contiguos.

4. Macrobanda media alta (entre 6 y 24 GHz): no fijar límites atendida la ausencia de atribuciones y asignaciones para servicios móviles en las bandas que la componen.

5. Macrobanda alta (superior a 24 GHz): al igual que en la macrobanda media, se fijaron las siguientes medidas para el corto, mediano y largo plazo:

a) En el corto plazo, la Subsecretaría deberá asegurar la adjudicación de bloques contiguos que, en suma, no sean inferiores a 400 MHz por operador. Ello permitirá la existencia de al menos dos operadores en esta macrobanda.

b) En el mediano plazo, Subtel, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 400 MHz contiguos cada uno en esta macrobanda.

c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de 25%. En cualquier caso, Subtel deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 800 MHz contiguos cada uno.

Junto con lo anterior, se resolvió que el ajuste a los límites propuestos debe ser objeto de una transición paulatina, vale decir, debe realizarse con ocasión de los futuros concursos para la adjudicación de derechos de uso sobre el espectro. De esta manera, los operadores móviles que excedan cualquiera de los límites máximos de tenencia previamente fijados podrán participar en dichos concursos, pero sólo después de adecuar su tenencia a ellos.

Por último, Subtel deberá consultar a este Tribunal el límite máximo de tenencia de espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada ope-

rador de servicios móviles en la banda media alta, una vez que decida concursar bloques de espectro en las bandas que fluctúan entre los 6 y 24 GHz.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 181-20).

Temas que trata: Características que debe tener un hecho, acto o contrato para ser consultado; facultad del Tribunal de imponer medidas en procedimiento no contencioso; ponderación de los objetivos de políticas públicas y la libre competencia; cambios de circunstancias en el mercado considerado para una medida o condición; espectro radioeléctrico; mercado de telefonía móvil.

RESOLUCIÓN N° 59/2019

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No contencioso.
ROL: NC N° 448-18.
CONSULTANTE: Subsecretaría de Telecomunicaciones ("Subtel", "Subsecretaría" o la "Consultante" indistintamente).
OBJETO: Pronunciamiento sobre la modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, establecido en 60 *Megahertz* ("MHz") por la sentencia Rol N° 4.797-2008 de la Excma. Corte Suprema, que habría reemplazado, para este efecto, la condición segunda de la Resolución N° 27/2008, en la forma y bajo las condiciones detalladas en la solicitud.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. Glosario

Términos generales

Banda de guarda: Banda de frecuencias entre dos canales que proporciona un margen de seguridad para evitar interferencias entre ambos canales.

Colocalización (Colocalización de antenas): Se entiende por colocalización cuando distintas empresas de telefonía móvil utilizan una misma torre o estructura soporte para ubicar sus antenas, evitando con ello que se instalen varias torres juntas, disminuyendo el impacto urbano.

Convergencia Tecnológica: Fenómeno consistente en la existencia, al día de hoy, de diversas tecnologías que pueden prestar servicios cada vez más similares. Asimismo, una misma tecnología permite prestar diversos servicios.

LTE (Long Term Evolution): Estándar utilizado para comunicaciones inalámbricas de transmisión de datos de alta velocidad para teléfonos móviles y ter-

minales de datos. Se destaca por su interfaz radioeléctrica basada en OFDM*A* (Acceso Múltiple por División de Frecuencias Ortogonales), para el enlace descendente (DL) y SC-FDMA (Acceso múltiple por división de frecuencia de portadora única), para el enlace ascendente (*UL*).

Ondas radioeléctricas (Ondas Hertzianas): Ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 *Gigahertz* ("GHz"), que se propagan por el espacio sin guía artificial.

Portadora: Ancho de espectro ocupado por una emisión radioeléctrica.

Radiocomunicación: Toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radioeléctricas.

Radiocomunicación Terrenal: Toda radiocomunicación distinta de la radiocomunicación espacial o de la radioastronomía.

Radiocomunicación Espacial: Toda radiocomunicación que utilice una o varias estaciones espaciales, uno o varios satélites reflectores u otros objetos situados en el espacio.

Radiodeterminación: Determinación de la posición, velocidad u otras características de un objeto, u obtención de información relativa a estos parámetros, mediante las propiedades de propagación de las ondas radioeléctricas.

Radionavegación: Radiodeterminación utilizada para fines de radionavegación, inclusive para señalar la presencia de obstáculos.

Radiolocalización: Radiodeterminación utilizada para fines distintos de los de radionavegación.

Radioastronomía: Astronomía basada en la recepción de ondas radioeléctricas de origen cósmico.

Roaming: Posibilidad de que un usuario de teléfono móvil o inalámbrico viaje de red en red, con absoluta continuidad de comunicaciones. Técnicamente, cuando el móvil se desplaza, automáticamente establece procedimientos de comunicaciones con diferentes estaciones base.

TDD (Time División Duplex): Aplicación del método multiplexión por división de tiempo cuando la transmisión de datos se realiza en ambas direcciones, para separar las señales de ida y vuelta entre la estación base o celda y el terminal. El tiempo en el que se lleva a cabo la difusión, se divide en ranuras de tiempo llamadas *time slots*. En cada intervalo de tiempo se transmite únicamente desde una de las partes, es decir, desde el lado de la estación base o desde el lado del terminal.

Telecomunicación: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

Servicios nomádicos: Aquellos servicios que no permiten al usuario de esta tecnología una continuidad de comunicaciones al salir del área de cobertura de una estación base.

UMTS/HSDPA (Universal Mobile Telecommunications System/High Speed Downlink Packet Access): Tecnología también denominada 3.5G, que mejora la capacidad máxima de transferencia de información, optimizando la tecnología espectral UMTS/WCDMA.

UMTS/WCDMA (Universal Mobile Telecommunications System/Wideband Code Division Multiple Access): Tecnología de acceso propuesto para la interfaz radioeléctrica de los sistemas de radiocomunicaciones celulares de tercera generación (3G). Divide el espectro radioeléctrico disponible en portadoras de información de gran eficacia basadas en un esquema de codificación especial. Se caracteriza por su alta capacidad, pequeño radio de las células y transmisión radioeléctrica de espectro ensanchado. Frente a tecnologías de acceso anteriores como TDMA y FDMA, la tecnología WCDMA proporciona mayor eficiencia espectral y ha sido perfeccionada para admitir servicios multimedia de muy alta velocidad como video de animación, acceso a Internet y videoconferencias.

Términos específicos relativos a la gestión de frecuencias

Atribución (de una banda de frecuencias): Inscripción en el Cuadro de atribución de bandas de frecuencias, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. Este término se aplica también a la banda de frecuencias considerada.

Adjudicación (de una frecuencia o de un canal radio eléctrico): Inscripción de un canal determinado en un plan, adoptado por una Conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas.

Asignación (de una frecuencia o de un canal radioeléctrico): Autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas.

B. Aportantes de antecedentes

1. Consultante

a) Subtel

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:

a) Interexport Telecomunicaciones y Servicios S.A. ("Interexport");
b) GTD Grupo Teleductos S.A. ("GTD");
c) Qualcomm Serviços de Telecomunicações LTDA. ("Qualcomm");
d) Colegio de Ingenieros de Chile A.G. ("Colegio de Ingenieros");
e) Servicio Nacional del Consumidor ("Sernac");
f) Voissnet Cloud Services S.A. ("Voissnet");
g) OPS Ingeniería Limitada ("OPS");
h) QIN Technology SpA ("QIN");
i) Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores ("Conadecus");

j) Netline Mobile S.A. ("Netline");
k) WOM S.A. ("WOM");
l) Claro Chile S.A. ("Claro");
m) Entel Telefonía Local S.A. ("Entel Telefonía Local");
n) Entel PCS Telecomunicaciones S.A. ("Entel");
o) Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o la "Fiscalía");
p) VTR Comunicaciones SpA ("VTR");
q) Telefónica Móviles Chile S.A. ("Movistar").

C. Antecedentes presentados por la Consultante

1. A fojas 205, el 3 de octubre de 2018, la Subtel solicita dar inicio a un procedimiento de consulta a fin de que este Tribunal se pronuncie acerca de la modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, establecido en 60 MHz por la sentencia Rol N° 4797-2008 de la Excma. Corte Suprema, que habría reemplazado, para este efecto, la condición segunda de la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal, en la forma y bajo las condiciones detalladas en la solicitud. La vigencia de dicho límite fue reconocida por la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 73923-2016, de 25 de junio de 2018, que modificó la Sentencia N° 146/2015 de este Tribunal.

2. En primer lugar, la Subsecretaría realiza un análisis de ciertos antecedentes preliminares que justifican su solicitud. A su juicio, la Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 73923-2016 asentó que puede restringirse o condicionarse el acceso y la conservación de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico ("espectro"). Además, habría planteado la posibilidad de que Subtel valore las circunstancias actuales de la industria y, si lo estima necesario, inicie una consulta para que, en razón de lo que se resuelva, se produzcan o no las restituciones de derechos sobre el espectro y, en definitiva, se determine un nivel o niveles de tenencia máxima de tales derechos de uso, conforme con los cuales se dispongan los respectivos ajustes.

3. Subtel estima que concurren las circunstancias que justificarían la revisión del límite o *cap* a la tenencia de espectro vigente. Con todo, estima que esta con-

sulta no puede limitarse solo a la revisión del dicho límite, sino que también se hace necesario analizar los criterios relativos a la tenencia, acceso, utilización y conservación del espectro.

4. En este contexto es que la Subsecretaría da cuenta de una Nueva Política de Espectro Radioeléctrico, la que se basaría en los siguientes principios: a) el espectro debe ser potenciado como un recurso público que aproveche al mayor bienestar de todos; b) la tenencia de derechos de uso sobre el espectro por los operadores con presencia significativa en el mercado no puede permitir que se excluya a nuevos entrantes u operadores en proceso de expansión; c) fomentar la innovación tecnológica: asegurar el acceso oportuno y masivo a los servicios; d) generar condiciones estables en cuanto al acceso y utilización del espectro; e) determinar condiciones especiales para la asignación de nuevas bandas para la tecnología 5G.

5. A continuación, la Subtel profundiza sobre su concepción de mercado relevante, destacando la importancia de la distinción entre mercado mayorista y minorista de los servicios móviles. Indica que se habría presentado una evolución de las siguientes variables: a) *del número y tipo de abonados de telefonía móvil por compañía*: desde el 2012, se ha mantenido en 23 millones; b) *del tráfico telefónico cursado desde redes móvil*es: crecimiento explosivo (hasta 2013) y posterior estabilización; c) *de conexiones a Internet móvil*: esta es la manifestación más importante de los cambios en el mercado, no solo por su crecimiento sino que también por su evolución como medio de acceso a aplicaciones de datos en internet y tecnología; d) *de los ingresos e inversiones*: gran evolución, durante el 2011 y 2012 se produjo un *peak* de inversiones y, luego, disminuyó.

6. Asimismo, la Consultante afirma que habrían ocurrido cambios en la regulación, destacando los siguientes: a) instalación de torres soporte de antenas; b) aparición de operadores de Infraestructura; c) declaración positiva legal de la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico y de las potestades de Subtel en este ámbito; d) habilitación de la portabilidad numérica; y e) nueva política de cargos de acceso.

7. La Subsecretaría también indica que habrían cambiado los actores en el mercado. En efecto, al año 2007 solo competían Entel, Movistar, Claro y, nominalmente, Nextel Chile S.A. Hoy, sería muy importante considerar el ingreso de WOM y la escasa relevancia de los Operadores Móviles Virtuales ("OMV").

8. La Consultante destaca que la industria tiene un índice HHI de 2500 y que no es posible atribuir sólo a la tenencia de derechos de uso sobre frecuencias del espectro las participaciones de mercado de los operadores y la concentración del mismo.

9. Luego, Subtel dio cuenta de la justificación del establecimiento de *caps*, los que serían necesarios atendido que los incumbentes tendrían ventajas en la competencia por el espectro bajo cualquier mecanismo de asignación, pues ya cuentan con inversiones hundidas que son útiles para la explotación del espectro. Así, éstos podrían asumir de mejor modo los requisitos de cobertura, plazo y pago. Por tanto, se requeriría una política de límites máximos de espectro, pero ésta debería estar inserta en un conjunto de condiciones de acceso al espectro que garanticen la no generación (ni aumento) de barreras a la entrada.

10. En específico, respecto a los *caps,* la Consultante detalla los distintos tipos de límites, los que se podrían clasificar en: a) absolutos; b) sobre un concurso específico de una concesión determinada; c) dinámicos; y d) una combinación de los diferentes modelos que pretenden regular la tenencia de espectro.

11. A continuación, Subtel da cuenta de cuáles serían las consideraciones a tener en cuenta para la determinación de *caps*: a) el límite actual no es suficiente atendido el número de Operadores móviles con red ("OMRs"), la evolución de los datos en el mercado móviles, los crecientes requerimientos de los usuarios respecto a la *perfomance* de los servicios y las perspectivas futuras de uso; b) la necesidad de un reajuste, a fin de tender a una tenencia equitativa y homogénea de espectro; c) el número de operadores y dinamismo tecnológico.

12. De esta forma, la Subsecretaría da cuenta de su propuesta de *caps* en que se diferencia según bandas de frecuencias, distinguiendo entre bandas bajas, medias bajas, medias altas y altas. Respecto a las bandas bajas (bajo 1 GHz),

éstas serían las más valiosas, por lo que deberían adoptarse medidas para que se pueda realizar, lo más pronto posible, un concurso que disponibilice, al menos, 20 MHz para operadores que no tengan acceso a dicha banda (entrantes o en operación). Con respecto a las bandas medias bajas (entre 1 GHz y 3 GHz), Subtel asevera que podrían ser valiosas en el mediano plazo para sustentar la viabilidad de un operador distinto de los establecidos.

13. En la siguiente tabla se puede apreciar la propuesta de *caps* presentada por la Subtel en su escrito de consulta:

TABLA N° 1: PROPUESTA DE CAP

Macro Banda	Denominación	Cap por operador (1)	Situación actual**
Bajas <1 GHz	700 MHz	50 MHz	Entel 30 MHz. Movistar y Claro 20 MHz.
	850 MHz		Movistar y Claro 25 MHz.
	900 MHz		Entel 20 MHz (2).
Media - baja 1 a 3 GHz	1,9 GHz	60 (*) MHz	Entel 60 MHz. Movistar y Claro 30 MHz.
	1,7 / 2,1 GHz		WOM 60 MHz, VTR 30 MHz.
	2,6 GHz		Entel, Movistar y Claro 40 MHz.
			Movistar 12 MHz (3).
			VTR 36/24/12 MHz (4).

Notas:

(1) Aplicable únicamente a frecuencias de servicio de telefonía y transmisión de datos. Se excluyen las bandas compartidas, enlaces punto a punto, satelitales, radiodifusión y aquellos espectros otorgados en los concursos del fondo de desarrollo de las telecomunicaciones.

(2) A través de compra de Transam (servicio intermedio).

(3) Movistar tiene 12 MHz más en RM a través de un Servicio Intermedio.

(4) VTR tiene 36 MHz como servicio intermedio (Comunas: La Serena y Coquimbo), 24 MHz (Comunas: Osorno, Iquique, Pirque, Puente Alto, San Bernardo y Colina; Ciudades: Valdivia, Puerto Montt, Temuco; Provincia de Santiago) y 12 MHz (Ciudades: Valparaíso, Viña del Mar y Concepción).

** Este cap no aplicará de inmediato, sino que, mediante una transición paulatina, en nuevos concursos de espectro.*

Fuente: Subtel, a fojas 250.

14. A su vez, la Subsecretaría plantea algunas condiciones complementarias que deberían ser aprobadas conjuntamente con la modificación de los límites: a) *roaming* nacional obligatorio y temporal proporcionado por los incumbentes

con red de cobertura nacional a los operadores asignatarios de frecuencia en etapa de despliegue; b) obligación de los incumbentes con red de tener actualizada una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV (aprobadas por la FNE, previo informe de Subtel); c) compartición obligatoria de infraestructura pasiva de los incumbentes con red nacional; d) monitoreo de estas obligaciones por la Subtel y la FNE; e) en todo concurso se debería exigir un plan de uso efectivo (real) y eficiente del espectro, plan que debe ser aprobado por la Subtel y debe disponer que, en caso de no uso, el espectro deberá ser puesto a disposición de terceros interesados por medio de la cesión, desinversión o devolución al Estado de la concesión; f) antes de un concurso para un nuevo servicio, la autoridad deberá analizar si los incumbentes pueden ofrecerlo inmediatamente en sus frecuencias preexistentes o previa optimización de tales redes, en un plazo y costos también razonables, en caso de ser así, debería privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño; y g) el incumplimiento de estas medidas, debería inhabilitar al infractor para participar en cualquier concurso de asignación de concesiones que implique uso de frecuencias radioeléctricas.

15. Sobre las bandas medias altas y altas, las que permitirían prestar el servicio 5G, Subtel indica que en las bases del concurso público de asignación para dichos servicios se establecerán disposiciones que permitan el despeje de las frecuencias que han sido utilizadas para los servicios fijos. Asimismo, las bases indicarán frecuencias de reemplazo en las que se podrían prestar los servicios autorizados a los usuarios existentes con anterioridad a la suspensión. Con todo, a largo plazo, la Subsecretaría espera una coexistencia de los servicios 5G en la mayor parte del espectro, cuyo desarrollo dependerá del ciclo de vida del 4G. En el marco de esta tecnología, también sería importante la banda de frecuencias 27.5 -28.35 GHz, cuya utilización es escasa en el país y solo se emplearía en estaciones terrenas de gran tamaño.

16. En este contexto, la propuesta de *caps* para bandas medias altas entre (3 y 6 GHz) y altas (sobre las anteriores) es la siguiente:

TABLA N° 2: PROPUESTA DE CAPS

Macro Banda	Denominación	Cap por operador
Media - alta 3.4 a 3.8 GHz	3.5 GHz	80 MHz
Altas 27.5 a 28.35 GHz	28 GHz	200 MHz

Fuente: Subtel, a fojas 260.

17. Finalmente, la Consultante solicita que se analicen las siguientes condiciones especiales relativas a los concursos 5G: a) ordenamiento especial de asignación de frecuencias para concurso con ambas bandas o bien en concursos distintos, considerando separadamente la participación de incumbentes, operadores entrantes y/o que no sean asignatarios de las bandas 2600 MHz y 700 MHz; y, de operadores de servicios intermedios. Este ordenamiento podrá considerar la inhibición para participar en concursos, la enajenación o permuta entre operadores y la reserva de frecuencias disponibles para entrantes u operadores de menor tamaño; b) establecer *caps* y las medidas complementarias detalladas en el párrafo 14, pero con la salvedad de que cualquiera de tales condiciones u otras que se pudieran disponer que deban adoptarse respecto de las asignaciones de espectro en general y que requieran un periodo largo de implementación, o bien no se impongan, o bien se impongan de un modo alternativo para 5G, evitando un retardo en el despliegue comercial; y c) reconocimiento a los incumbentes de preferencia, y, de ser aplicable, pecuniario en la adjudicación de las bandas que se concursen por, entre otros, el plazo remanente de sus concesiones.

18. La Subtel solicita que, en definitiva, se: a) modifique el actual límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro fijado en 60 MHZ para cada operador, reemplazándolo por los límites propuestos en las tablas N° 1 y N° 2 de su escrito; b) fije al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”), como condiciones para la elevación del actual límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico todas y cada una de las propuestas complementarias; c) disponga que el ajuste al límite propuesto para las bandas medias bajas (y cualquier otro ajuste a un límite que pudiese disponerse al finalizar esta consulta) por parte de las concesionarias que actualmente lo exceden, sea objeto de una transición paulatina, vale decir, deban hacerse a propósito de concursos posteriores para la adjudicación de de-

rechos, de modo tal que los operadores podrán acceder a tales concursos, pero luego de adecuarse a los *caps* previos.

19. Además de todo lo anterior, Subtel acompañó el Informe económico realizado por los profesores del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, Sres. José Correa, Rafael Epstein y Juan Escobar, titulado "Consideraciones para una política de límites máximos de espectro", de 21 de marzo de 2018 (fojas 1756).

D. Resolución del Tribunal que da inicio al procedimiento

20. El 4 de octubre de 2018, a fojas 266, se dio inicio al proceso de consulta cuyo objeto es la modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, establecido en 60 MHz por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008, que habría reemplazado, para este efecto, la condición segunda de la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal, en la forma y bajo las condiciones detalladas en la solicitud.

21. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica; Entel PCS Telecomunicaciones S.A.; Telefónica Móviles Chile S.A.; Claro Chile S.A.; WOM S.A.; VTR Comunicaciones SpA; Interexport Telecomunicaciones y Servicios S.A.; Compañía Nacional de Teléfonos, Telefónica del Sur; Virgin Mobile Chile SpA; Netline Multicarrier S.A; Nómade Telecomunicaciones S.A.; Falabella Móvil SpA; Telestar Móvil S.A.; Simple SpA; Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios; Organización de Consumidores y Usuarios; Servicio Nacional del Consumidor; y Colegio de Ingenieros de Chile A.G. a fin de que éstos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles, contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial.

E. Nuevos antecedentes presentados por la Subtel

22. A fojas 1756, la Subtel solicitó tener presente consideraciones adicionales a las que ya había señalado, en atención, principalmente, a los demás anteceden-

tes y al informe económico "Consideraciones para una política de límites máximos de espectro" realizado por José Correa, Rafael Epstein y Juan Escobar.

23. En este contexto, la Consultante señaló que teniendo en especial consideración, por una parte, la dificultad de poder anticipar los futuros desenvolvimientos del mercado móvil, particularmente en lo que dice relación con las porciones del espectro que se irán poniendo a disposición para la prestación de estos servicios; y, por otra, los requerimientos de espectro que serán necesarios para la adecuada implementación de la tecnología 5G, es que admite que puede ser conveniente que la fijación de límites máximos de tenencia de espectro sea en términos porcentuales, en lugar de guarismos. Agrega que los porcentajes que se determinen deberían representar, en principio, los mismos números máximos de tenencia de espectro que se propusieron en la consulta.

24. De esta manera, un límite que ascienda al 32% del espectro disponible sería consistente con los *caps* propuestos inicialmente en la consulta. Subtel reconoce que, para que los siguientes concursos se hagan en condiciones sumamente competitivas, sería necesario aumentar el límite propuesto en las bandas medias bajas. Para el caso de la macro banda alta, señala que un límite de 32% aumentaría lo inicialmente propuesto, lo que no resulta preocupante, pues en los concursos que se realicen para otorgar concesiones sobre ésta, Subtel podría subdividir la banda de frecuencia en el mayor número de bloques que técnicamente permita prestar servicios, en forma eficiente y con costos razonables. De acuerdo a la Subsecretaría, en las respectivas bases de licitaciones, podría establecerse, además, que cada postulante se podrá adjudicar sólo un bloque en un primer concurso.

25. En razón de lo anteriormente expuesto, Subtel propone los siguientes límites al espectro:

TABLA N° 3

PROPUESTA DE CAPS PORCENTUALES DE SUBTEL

Macrobanda	Denominación	Cap dinámico, nuevos antecedentes
Baja <1GHZ	700 MHz	32%
	850 MHz	
	900 MHz	
Media baja 1 a 3 GHz	1.9 GHz	32%, aumenta a 115 MHz (anteriormente, 60 MHz)
	1.7/2.1 GHz	
	2.6 GHz	
Media alta 3 a 6 GHz	3.5 GHz	32%
Alta >6 GHz	28 GHz	32%, aumenta a 272 MHz (anteriormente, 200 MHz)

Fuente: Elaboración propia en base a lo informado por Subtel a fojas 1761 y siguientes.

F. Antecedentes presentados por los aportantes

26. A fojas 989, WOM aportó antecedentes. En primer lugar, se refirió al mercado relevante, aseverando que éste presenta fallas estructurales y regulatorias que dificultan la competencia de operadores móviles desafiantes respecto del oligopolio conformado por los incumbentes. En particular sobre el espectro, indica que la Subtel habría asignado el recurso en forma aislada: (i) sin consideración a la configuración de portafolios de espectro de los operadores ni sus efectos en la competencia; y (ii) sin un plan de manejo coherente y de medidas de fiscalización suficientes para monitorear el uso eficiente y no especulativo del espectro.

26.1. De acuerdo a WOM, la principal barrera a la entrada y expansión de un OMR sería la inequitativa distribución del espectro. En efecto, casi la totalidad del espectro útil se encuentra asignado en favor de los incumbentes: el 80% del espectro licitado para telefonía móvil y el 100% en el caso de las bandas bajas.

26.2. WOM destaca que, por una parte, sería importante considerar que, por sus propiedades de propagación y capacidad, no todas las bandas de frecuencia serían equivalentes; por el contrario, éstas son complementarias. Por otra parte, debería considerarse el hecho que los incumbentes poseen casi la totalidad de la banda 3.5 GHz, y que la misma se habría definido como prioritaria para los servicios 5G. Actualmente, el espectro radioeléctrico para telefonía móvil (bandas bajas y medias bajas) se distribuye así:

TABLA N° 4

ASIGNACIONES DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA TELEFONÍA MÓVIL

Concesionario	Bandas Bajas	Bandas Medias bajas	Total	
Entel	50 MHz	100 MHz	150 MHz	31,9%
Claro	45 MHz	70 MHz	115 MHz	24,5%
Movistar	45 MHz	70 MHz	115 MHz	24,5%
WOM	-	60 MHz	60 MHz	12,8%
VTR	-	30 MHz	30 MHz	6,4%

Fuente: WOM, a fojas 999.

26.3. Para WOM es fundamental que se considere una distribución homogénea y equitativa del espectro, en atención a que este sería un bien escaso y un insumo esencial que determinaría los costos, la capacidad y la calidad –penetración y velocidad– del servicio de telefonía móvil. La cantidad y tipo de banda determinaría el volumen de datos y el número de antenas o radio-bases en las que se debe invertir. Sin embargo, Chile pertenecería al grupo de los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") más inequitativos en distribución de espectro (uno de los tres países más inequitativos en la distribución de bandas bajas). Según WOM, la eventual inequitativa distribución le otorgaría a los incumbentes una ventaja, dado que los operadores móviles necesitan contar con un portafolio de espectro suficiente y diferenciado para ser competitivos, especialmente con acceso a bandas bajas que permiten desplegar la red a costos suficientemente menores en zonas remotas.

26.4. Se habría demostrado a nivel internacional que los OMV han sido incapaces de ejercer suficiente presión competitiva; y que la inequitativa dis-

tribución del espectro reduciría la intensidad competitiva y produciría una ineficiencia desmedida en su uso (WOM trafica más datos que Entel con 90 MHz menos).

26.5. Por tanto, para WOM, la propuesta de Subtel resultaría insuficiente y debería ser complementada: a) estableciendo *caps* que generen una mayor homogeneidad en la tenencia de espectro; b) velando por el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 73923-2016; c) asegurando el acceso de operadores desafiantes a un portafolio diversificado de espectro; d) fiscalizando el uso efectivo del espectro asignado; e) no reconociendo a incumbentes de preferencia; f) exigiendo un plan de uso eficiente del espectro a todos los concesionarios; y g) fijando un plazo para efectuar los ajustes a la tenencia de espectro (redistribución efectiva en el corto plazo).

26.6. De esta manera, WOM propone: a) establecer un *cap* en las bandas bajas de 50 MHz, sujeto a que la Subtel licite los 20 MHz disponibles en la banda de 700 MHz. En caso de que no se liciten dichos 20 MHz, propone que se establezca un *cap* de 40 MHz; b) elevar el *cap* de las bandas medias bajas a 90 MHz; c) establecer *caps* en las bandas medias altas y altas de 80 y 200 MHz, respectivamente, sujeto a que se garantice el acceso no discriminatorio a operadores desafiantes o nuevos entrantes para el desarrollo de 5G; d) implementar un plan de uso efectivo y eficiente del espectro para la totalidad de las concesiones y no solo a operadores que participen en futuros concursos; e) reasignar espectro en caso de desuso y establecer umbrales objetivos y específicos de desuso permitidos; y f) establecer todo lo anterior por medio de una transición paulatina.

26.7. Además de lo anteriormente señalado, WOM aportó los siguientes antecedentes: a fojas 989 (i) el informe "Asignación y uso eficiente del espectro en Chile: prioridad en la agenda de política pública hacia la conectividad total" elaborado por Ovum, en mayo de 2018; y (ii) el informe económico "Análisis del acceso y uso de la Banda en 700 MHz en Chile", elaborado por Intelis - Centro de Análisis de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile para WOM, en abril de 2016. A fojas 1814, el informe en derecho "Sobre la potestad consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

y como en su ejercicio se puede ver delimitado el ejercicio del derecho de propiedad de agentes económicos: El caso del desprendimiento de espectro radioeléctrico en el mercado de las telecomunicaciones", elaborado por Gabriel Zaliasnik, en marzo de 2019. A fojas 1828, el informe económico "Evolución de la competencia de servicios de telecomunicaciones móviles", elaborado por Andrés Gómez-Lobo, en marzo de 2019. A fojas 1939, (i) el informe "Medición de la independencia formal de autoridades regulatorias telecomunicaciones utilizando una adaptación del índice Gilardi", de la *Intemational Telecomunications Union* ("ITU"), del año 2016; (ii) el capítulo tercero sobre políticas de espectro del informe de la OCDE, *"Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit"*, del año 2016; y (iii) el informe del *Radio Spectrum Policy Group* ("RSPG") –asesor de la Comisión Europea en su política pública de espectro–, "*ERG-RSPG Report on radio spectrum competition issues. ERG-RSPG report on the management of radio spectrum in order to avoid anticompetitive hoarding*", del año 2009. A fojas 2003, el informe técnico elaborado por Aetha Consulting, "*Assessment of proposed spectrum caps and policy in Chile*". Y a fojas 2009, el informe económico elaborado por Butelmann Consultores, "Límites a la tenencia de espectro radioeléctrico", de marzo de 2019.

27. A fojas 1123, Claro aportó antecedentes. Comienza su presentación, refiriéndose al mercado relevante e indicó que la Corte Suprema y este Tribunal habrían establecido que este sería el de la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles mediante concesiones sobre espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos de Chile (incluye voz, datos, banda ancha móvil y SMS). Esta definición, según Claro, debería ser precisada, pues la industria se desarrolla en dos niveles: a) mayorista y b) minorista.

27.1. Luego, hace presente que se habría pasado de un mercado de servicios de voz a uno enfocado en el tráfico de datos y que este mercado sería dinámico y competitivo. Claro estima que la situación de este mercado sería mejorable, a través de medidas que promuevan la competencia y el uso eficiente del espectro, pero respetando las concesiones previamente otorgadas y la no afectación de la calidad de servicio a consumidores finales y mayoristas.

27.2. Claro concuerda con la necesidad de adoptar medidas que eviten el acaparamiento de espectro. Estas últimas deberían diseñarse e implementarse de manera tal que promuevan la inversión en infraestructura. En específico, sobre los *caps* propuestos, indica estar de acuerdo con la necesidad de aumentar dichos límites y distinguir éstos por bandas; pero propone límites más altos que los consultados por Subtel: a) para bandas bajas (700, 850 y 900 MHz): 70 MHz, en atención a su alta penetración, poseer una mayor cantidad de espectro haría menos costoso brindar el servicio en sectores marginados; b) para bandas medias bajas (1900, 2100 y 2600 MHz): 80 MHz, este límite permitiría promover la competencia y la operación con una estructura de costo eficiente; c) para bandas medias altas (3500 MHz):100 MHz; y d) para bandas altas (27.5 MHz a 28.35 MHz): 200 MHz, pero con la prevención de que podría ser elevado a 400 MHz, en atención a nuevos descubrimientos sobre la utilidad de las bandas.

27.3. Para Claro, la adecuada implementación de los *caps* requiere de ciertas condiciones esenciales para no generar grandes costos al mercado; vulnerar derechos de los operadores; y afectar la calidad de servicio. A su vez, estos límites deberían fijarse con la holgura necesaria para que puedan mantenerse estables en el tiempo. Esta condición sería importante, pues sería la única forma de mantener la certeza y confianza en la evolución del mercado. En este sentido, resultaría ineficiente establecer una distribución homogénea e inmediata del espectro, pues supone afectar concesiones ya utilizadas. Por el contrario, estas políticas deberían implementarse de manera gradual y paulatina, en base a concursos abiertos y no discriminatorios.

27.4. Respecto a las medidas complementarias, Claro está de acuerdo con la necesidad de: a) implementar políticas de acceso abierto a infraestructura y servicios, las que, además de promover la competencia, permitirían paliar diferencia digital que existe entre los sectores urbanos y rurales; y b) establecer obligaciones de *roaming* nacional, universal y recíproco (o, como mínimo, en zonas rurales) y de obligaciones de compartición de infraestructura. Sin embargo, se opone a las siguientes medidas: a) establecer nuevas obligaciones de oferta de facilidades; b) dar a la Subtel o la FNE nuevas facultades de monitoreo de estas medidas; c) la obligación de presentar

planes de uso eficiente y efectivo, con nuevas sanciones ante el incumplimiento, ya que sería una medida perjudicial para la eficiencia del mercado que resta dinamismo y flexibilidad; d) establecer criterios de asignación que establezcan exclusiones respecto de determinados operadores, por cuanto infringirían artículos 2 y 8 de la Ley General de Telecomunicaciones ("LGT") y habrían sido calificados por este tribunal como una medida discriminatoria e ineficiente; y e) establecer sanciones por medio de este procedimiento de consulta, ya que es asunto de reserva legal.

27.5. Finalmente, sobre las medidas aplicables a los concursos 5G, Claro indica que el adecuado desarrollo e implementación de la tecnología 5G en Chile requeriría considerar la existencia del principio de la evolución y de la neutralidad tecnológica imperante. Las concesiones otorgadas por 30 años supondrían la incorporación de los avances tecnológicos y la implementación de sus nuevos usos conforme a la eficiencia técnica. Así ha ocurrido históricamente en nuestro país (i.e., con 1G, 2G, 3G y 4G) y la eventual implementación del 5G no debería ser la excepción.

27.6. Adicionalmente, Claro aportó los siguientes antecedentes: a fojas 1123 el informe de la Subtel "Informe Telecomunicaciones, Tercer Trimestre 2018", de noviembre 2018. A fojas 2248: informe técnico-económico "*Spectrum caps en Chile*", elaborado por los Sres. Juan Pérez Retamales y Vladimir Marianov Kluge, referido al asunto objeto de esta consulta. A fojas 2525, (i) el informe *"900 MHz and 1800 MHz band refarming case study Denmark"*, emitido por GSMA, el 24 de noviembre de 2011; (ii) el informe "*Arrangements for the renewal of radio spectrum management rights used for celular services*" elaborado por la oficina del Ministro de Comunicaciones de Nueva Zelanda; (iii) el informe emitido por el Ministerio de Negocios, Innovación y Empleo del gobierno neozelandés titulado "*Renewal of Managment Rights in the 1800 MHz and 2L00 MHz bands. Discusison document*", de abril de 2018; (iv) la declaración de la Autoridad de Comunicaciones y del Secretario para Comercio y Desarrollo Económico de Hong Kong, emitida el 15 de noviembre de 2013, "*Arrangements for the Frequency Spectrum in the 1.9 - 2.2 Band upon Expiry of the Existing Frequency Assignments for the Provision of 3G Mobile Services and the Spectrum Uti-*

lisation Fee"; (v) la publicación del Real Decreto 458/2011, en el N° 79 del Oficial del Estado (España), de 2 de abril de 2011; (vi) el informe elaborado por NERA *Economic Consulting*, de 30 de noviembre de 2011, "*900 MHz and L800 MHz band refarming case study France*". A fojas 2564 el informe en derecho "Acerca de los efectos que tendría en los consumidores finales un desprendimiento forzoso e inmediato de espectro radioeléctrico respecto de Claro Chile S.A. y de su vinculación con la consulta formulada por Subtel ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC 448-2018", elaborado por Andrés Herrera Troncoso.

28. A fojas 1197, Entel Telefonía Local aportó antecedentes. De acuerdo a este aportante, Subtel incurriría en un error al proponer como mercado relevante el de las telecomunicaciones móviles sin analizar el segmento fijo donde existirían condiciones sub-óptimas de competencia y conjuntamente problemas regulatorios: a) poca rivalidad; b) poca portabilidad; c) solo el 16,6% de la población accede a internet fija, lo que ubicaría a Chile en los últimos lugares de los países de la OCDE en materia de penetración de internet fija. Por tanto, sería procedente y necesario que la resolución de la consulta considere y se ocupe de las condiciones sub-óptimas del segmento fijo.

29. A fojas 1308, Entel aportó antecedentes. En primer lugar, se refirió al objeto de un procedimiento de consulta, el que tendría una finalidad preventiva que, en materia regulatoria de libre competencia, se traduciría en un análisis en dos etapas: a) determinar si efectivamente existe una falla de mercado (o ineficiencia) que requiera ser corregida por intervención regulatoria; y, de existir tal falla, b) someter las medidas regulatorias que se solicitan a un análisis costo-beneficio. Con todo, la consulta no realizaría ninguno de estos análisis. En efecto, no existiría una falla que sea necesaria corregir por medio de los *caps,* dado que el mercado es competitivo; y un análisis costo-beneficio demostraría que los límites al espectro y las medidas adicionales serían innecesarias, contraproducentes e, incluso, inconstitucionales.

29.1. Para Entel, el mercado relevante sería competitivo y la propia Subtel lo habría demostrado por medio de su análisis. En este sentido, la evolución económica y regulatoria de la industria daría cuenta de: a) *condicio-*

nes estructurales del mercado competitivas: número de actores por sobre el promedio mundial (a nivel comparado oscila entre 3 y 5 competidores); b) *un mercado contestable*: habría existido una eliminación progresiva de las barreras a la entrada; c) que *Chile poseería los precios de acceso a internet más bajos de la región*; d) *nivel de penetración mayor a la población*: desde el 2010, los abonados a telefonía móvil superaría la población total de Chile; e) *la penetración de calidad de servicios*: disminución de la brecha entre abonados y prepago; f) *una alta rotación de clientes*: la rotación anual de clientes entre compañías pasó de 3% a 19%, lo que daría cuenta de ausencia de costos de cambio y el dinamismo competitivo; y g) *explosión del tráfico de datos*: conexiones a internet casi se han triplicado.

29.2. De acuerdo a Entel, el mercado mayorista funcionaría correctamente, pues: a) no es concentrado, dado que ninguno de los OMR concentra más de un 30% del espectro y el HHI es de 2479 (Sentencia N° 154/2014); b) no es objeto de acaparamientos, ya que ninguno de los OMR operativos posee una participación de espectro mayor a su participación de mercado aguas abajo y existe una menor concentración en este mercado respecto a aquel minorista; y c) no está sujeto a barreras de entrada relevantes: por el lado de la demanda, no existen trabas al ingreso de OMV, ya que existen regulaciones y resoluciones judiciales que incentivan el ingreso de OMV.

29.3. Así, para Entel los *caps* serían innecesarios y constituirían una medida regulatoria extrema e intrusiva. En particular, al no existir concentración, no procedería forzar el ingreso de un nuevo operador. A su vez, no se justificaría limitar artificialmente, de forma arbitraria e independiente de la eficiencia relativa, la porción de espectro que puede ostentar cada operador, dado que no existiría acaparamiento de espectro por los OMR en el mercado. Por tanto, no procedería redistribuir espectro, ya que no existiría asimetría relevante en su tenencia.

29.4. Entel advierte que en la determinación de límites de espectro se pueden cometer errores, debido a: a) el carácter dinámico de las telecomunicaciones, lo que elevaría la probabilidad de error en caso de *caps* fijos; b) que se podría afectar la eficiencia asignativa y productiva; c) el riesgo de afec-

tar el uso efectivo del espectro, pues se podría dar lugar a un número de operadores mayor que el eficiente, propiciando empresas que no utilizan el espectro o que derechamente salen del mercado; d) que podría afectar el dinamismo de la industria, la innovación y retrasar el desarrollo tecnológico; y f) que derogaría tácitamente o, al menos, debilitaría, los controles efectivos caso a caso de las autoridades de libre competencia.

29.5. A continuación, Entel se refiere a las medidas complementarias propuestas en la consulta. Indica que éstas serían innecesarias, dañinas y en algunos casos inconstitucionales, por cuanto: a) dotarían a la Subtel y la FNE de facultades de sanción y modificación de actos privados, no previstas en la ley; b) impondrían la carga de contratar un consultor independiente para que realice las labores que la ley encomienda a la Subtel; c) pretenderían condicionar la participación de incumbentes a nuevos concursos con requisitos no previstos en la Ley; y d) serían improcedentes al objeto de la consulta, ya que el procedimiento de consulta no tiene por objeto establecer regulaciones de carácter general.

29.6. Además, Entel aportó los siguientes documentos: A fojas 1308, (i) el informe en derecho "Legalidad de la Resolución Exenta N° 1289 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones", elaborado por José Miguel Valdivia; (ii) el informe en derecho "Acerca de la improcedente 'suspensión' establecida por una resolución exenta que afecta el ejercicio de un derecho otorgado por un decreto vigente" elaborado por Ramiro Mendoza. A fojas 2192, (i) el informe "Reflexiones sobre asignación de espectro radioeléctrico y libre competencia" elaborado por Juan Pablo Montero, de marzo de 2019; (ii) el informe "Justificación de Límites de Espectro Radioeléctrico en la Industria de Telefonía móvil en Chile" elaborado por Aldo González, marzo 2019; (iii) el informe "*Spectrum cap regulation*" elaborado por Cullen International, 2018; (iv) el informe "Sobre las atribuciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para limitar el espectro radioeléctrico a que puede acceder un Prestador de Servicios avanzados de comunicaciones móviles" elaborado por los profesores Francisco Zúñiga U. y Boris Santander C., enero de 2019 ; (v) el informe "Asignación de Espectro en Chile: Análisis de la situación actual frente a la imple-

mentación de la Quinta Generación de Tecnologías Móviles o 5G", diciembre 2018 elaborado por Consultoría IDC Chile.

30. A fojas 1488, VTR aportó antecedentes refiriéndose, primero, a que la cantidad de espectro determinaría los costos para prestar los servicios. En efecto, a mayor cantidad de este insumo, menores costos, por lo que un entrante que se adjudique una porción de espectro menor que la que gocen los incumbentes, enfrentaría mayores costos de inversión y de operación para un mismo nivel de cobertura y tráfico. VTR destaca que Subtel no debería decidir *ex ante* la cantidad de OMRs en el mercado, sino que debería crear condiciones de asignación de espectro que promuevan la rivalidad competitiva.

30.1. A su vez, VTR señala que las distintas bandas tendrían diversos atributos, como el que, contarían con distintas características y condiciones de propagación, por lo que, para cubrir una misma zona, lo operadores incurrirían en distintos costos, según el tipo de banda. Por tanto, sería necesaria la elaboración de portafolios de espectros en el que se combinen varias bandas. En este sentido, se volvería fundamental que exista competencia por red, y no sólo confiar en los OMVs como solución, dado que los OMRs serían competidores más efectivos que controlan la innovación, los niveles de calidad y cobertura del servicio.

30.2. Para VTR, se debería promover que el espectro se gestione y use de la mejor manera posible, considerando: (i) el uso eficiente: se debería elegir entre propiciar el mercado secundario de espectro o la incorporación de cláusulas "úsalo o piérdelo" en las concesiones VTR, se inclina por el modelo secundario y su reducción de costos de transacción; (ii) que el no uso del espectro no es *per se* un ilícito anticompetitivo; (iii) la necesidad de certeza jurídica en la regulación y sanciones; y (iv) que el principio de neutralidad en la asignación permitiría la adecuación de los servicios aprovechando la dinámica tecnológica.

30.3. Respecto a los *caps* propuestos, estima que lo señalado por Subtel favorecería a los incumbentes, entorpeciendo el crecimiento de VTR y WOM. La propuesta no se fundamentaría en una evaluación de las características

técnicas de las bandas, sino en que las bandas por debajo de 3 GHz se encontrarían con operaciones masivas. A su vez, la Subsecretaría agruparía las bandas abandonando el criterio clásico de considerar como bandas iguales aquellas que sirven al mismo mercado. Finalmente, la propuesta no sería clara respecto a qué sucede cuando un operador supere los límites mínimos a la tenencia de espectro que serán impuestos. Así, lo consultado por la Subsecretaría requeriría ajustes, en razón de los siguientes principios: (i) protección y promoción del proceso y rivalidad competitiva entre los operadores; (ii) administración y mejor uso posible del espectro definido por cada operador; (iii) certeza jurídica y estabilidad de las concesiones; (iv) neutralidad tecnológica; y (v) los *caps* deberían aplicar para concursos futuros.

30.4. Bajo el marco antes descrito, VTR propone nuevas formas de determinar los límites a la tenencia de espectro, la que se basaría en el informe de Geyser: (informe técnico presentado por VTR a Subtel, luego, la Subsecretaría lo presentó en autos y solicitó se decretara la confidencialidad de la información contenida en él) (i) segmentar en atención a rasgo técnicos de cada banda; y (ii) organizar el espectro según mercado relevante a que sirve la frecuencia. Con todo, VTR destaca que, para definir cualquier límite, únicamente debieran considerarse las asignaciones de espectro que permitan prestar servicios masivos de telecomunicaciones con alcance nacional, sin incluir concesiones de carácter regional o local.

30.5. Luego, VTR se refiere a las medidas complementarias propuestas por Subtel y resaltó que está de acuerdo con la necesidad de establecer medidas que: (i) promuevan la existencia de una oferta competitiva de colocalización de sitios por parte de los operadores móviles; (ii) permitan la celebración de acuerdos de despliegue conjuntos de infraestructura (*Radio Access Network Sharing o RAN Sharing*); (iii) establezcan la posibilidad de transar los derechos de uso y goce exclusivo sobre el espectro (mercado secundario), incluso fraccionándolo; y (iv) impongan la obligación de *roaming* nacional y remunerado.

30.6. Finalmente, sobre las medidas en 5G, VTR indica que liberar espectro en etapas muy preliminares de madurez de una nueva tecnología, como 5G,

solo beneficiará a los operadores incumbentes, quienes podrían acceder al espectro liberado con una capacidad de espera mayor (podrán dilatar la rentabilización del costo del espectro con mayor holgura que un entrante) y agilizarán el uso de las nuevas bandas al contar con infraestructura y clientes, lo que podría terminar excluyendo a potenciales entrantes.

31. A fojas 1593, Movistar aportó antecedentes. Primero, se refirió al mercado relevante y señaló que el mercado de las telecomunicaciones móviles estaría compuesto por los segmentos: (i) mayorista (aguas arriba), en el que se transa el acceso a las redes móviles; y (ii) minorista (aguas abajo), en el que se comercializan los servicios de telecomunicaciones móviles. Destacó que ningún OMR superaría el 30% de tenencia de espectro para servicios móviles. Asimismo, diversos avances regulatorios habrían minimizado las barreras que existían para el ingreso de nuevos competidores: (i) ha habido una disminución en los cargos de acceso móviles; (ii) existiría una obligación de comercializar terminales multibanda (lo que facilitaría la portabilidad de los usuarios); (iii) se habrían creado operadores de infraestructura física que facilitarían la entrada de OMR. No obstante, Movistar reconoce que el mercado mayorista presentaría mayores dificultades de ingreso que el mercado minorista.

31.1. En síntesis, de acuerdo a Movistar: (i) la concentración de los mercados de telecomunicaciones en Chile sería baja respecto de países comparables; (ii) el mercado tendría relativamente un alto número de operadores; y (iii) los precios de telefonía móvil serían bajos respecto de otros países. Por lo tanto, no existiría una justificación económica para la intervención regulatoria que propone la Subtel, de hecho, las intervenciones estructurales en el país habrían generado más costos que beneficios.

31.2. Respecto a los *caps* propuestos, Movistar indica que, dado el creciente consumo de datos, sería recomendable establecer nuevos límites dinámicos que facilite la adaptación del mercado. La Excma. Corte Suprema no habría considerado otras bandas habilitadas para servicios móviles (900 MHz) ni la intensidad con que se usa el espectro asignado. La propuesta de *caps* debería: (i) propender a una definición inclusiva de todas las bandas que pueden ser usadas para prestar servicios móviles; (ii) considerar a to-

das las empresas relacionadas a un mismo grupo empresarial; y (iii) ponderar el espectro regional asignado por la población potencial.

31.3. De esta manera, Movistar propone (i) definir exhaustivamente las bandas que pueden ser utilizadas para prestar servicios móviles de voz o datos; (ii) para dichas bandas, establecer un límite de espectro total en porcentaje (30%) de forma adicional a los límites por tipo de banda; (iii) reconocer la sustitución entre bandas y permitir que las empresas compensen el exceso en una banda con un déficit en otra; (v) en el espectro regional, ponderar la participación de la población de dichas regiones en el total del país; (vi) que los límites consideran el espectro adquirido tanto en concursos como en operaciones de concentración horizontal e incluyan todas las concesiones de un mismo grupo empresarial; (vii) en el hipotético que quede espectro sin utilizar, ampliar el límite hasta un máximo de 33,33%; (viii) redondear el *cap* al múltiplo entero superior de 5 MHz en bandas bajas y 10 MHz en bandas medias bajas; y (ix) establecer un plazo máximo de ejecución de los nuevos *caps* (sugiere 36 meses).

31.4. Por otro lado, con respecto a las medidas complementarias, Movistar indica que serían regulaciones de política industrial y carecerían de un análisis de impacto regulatorio. Además, agrega que éstas excederían la finalidad de la potestad consultiva de este tribunal, en atención a que serían materia de ley (o de potestad reglamentaria). En efecto, aun cuando sería posible fijar condiciones para conservar o restablecer la intensidad de la competencia, éstas no deberían usarse como una herramienta para regular un mercado. En particular, respecto de cada medida: (i) compartición de infraestructura: se podría alcanzar una reducción de costos relevantes, pero no sería posible realizar un análisis de impacto regulatorio con los antecedentes de la consulta; (ii) *roaming* nacional obligatorio y temporal: un mayor alcance de estos acuerdos supondría una disminución de la competencia "entre infraestructuras", los OMRs tendrían incentivos a proveer *roaming* a los OMVs, por lo que no debiese regularse; (iii) red de cobertura nacional (oferta de facilidades "y" de planes a OMV): debería explicitarse que es 'una o la otra", y no obligatoriamente ambas ofertas, la obligación debería abarcar a todos los tenedores de espectro y el acuerdo debe ser

económicamente viable para ambas partes; (iv) compartición de infraestructura pasiva: la consulta desconocería que más del 88% de las torres o soportes para sistemas radiantes móviles (en uso) son arrendadas y operadas por firmas independientes; (v) monitoreo permanente de las obligaciones: se debería esclarecer el rol de monitoreo de la FNE y la Subtel, a esto se agregaría, que solo por ley se puede traspasar el rol fiscalizador de la Subtel a una empresa; (vi) exigencia de plan de uso efectivo y eficiente del espectro: con estándares objetivos y transparentes de uso, debe ser exigible a todos los tenedores de espectro (presentes y futuros) y no solo a los operadores que se presenten en los futuros concursos. No obstante, la enajenación en caso de incumplimiento requiere una modificación legal que permita dicha sanción.

31.5. Por último, Movistar expone respecto a las medidas propuestas para la tecnología 5G que la Subtel solicitaría distinguir entre: incumbentes; entrantes (o no asignatarios de la banda 700 y 2.600 MHz); y operadores de servicios intermedios, sin entregar los fundamentos técnicos, económicos o de mercado para dividir el concurso en 3 categorías de participantes. Así, de acogerse las medidas propuestas, (i) se llegaría a una subdivisión ineficiente del espectro disponible para licitar, ya que se tendrían bloques inferiores a los técnicamente óptimos; (ii) se reduciría la intensidad de la competencia "por la cancha"; (iii) se burlaría el principio de libre e igualitario acceso al espectro (art. 8, LGT), por lo que, incumbentes y desafiantes debiesen enfrentar las mismas condiciones de mercado; (iv) se aceleraría la implementación del 5G a costa de sacrificar el cumplimiento de las medidas complementarias; y (v) el establecimiento de preferencias a incumbentes no resultaría posible sin una modificación legal.

31.6. Movistar, además, ofreció los siguientes documentos como antecedentes adicionales: A fojas 1593, (i) informe de Cullen International "*WE Telecoms Update,*" de 6 de febrero de 2016; (ii) anexo "*ARCEP validates mobile operator´s proposal for a gradual pass-out of their national roaming agreement*", de 11 de julio de 2016; (iii) informe de la organización sin fines de lucro 5G Américas "Análisis de recomendaciones de la UIT sobre espectro en América Latina. Comprendiendo las asignaciones de espectro y su Utilización", de junio 2017;

(iv) informe de Cullen International "*Spectrum caps*", de 25 de abril de 2018; (v) informe de Cullen International "*Table I - Spectrum Caps in Latin America*", de julio de 2018; (vi) informe de Cullen International *"Brazil adopts new spectrum caps"*, de 12 de noviembre de 2018; (vii) informe de Cullen International "*Peru consults on how to ensure efficient use of radio spectrum*", de 4 de diciembre de 2018; (ix) informe de Cullen International "*IFT consults on the design of spectrum eficiency etrics*", de 5 de diciembre de 2018.

32. A fojas 622, Voissnet aportó antecedentes. Comienza describiendo antecedentes generales del mercado e indicando que habrían constituido barreras a la entrada: (i) el sistema de fijación de precios que regularía únicamente los cargos de acceso entre concesionarios del servicio público de telefonía; (ii) el sistema multicarrier para tráfico telefónico internacional; (iii) el sistema de interconexiones entre operadores de telefonía que asigna el costo total de estas a los nuevos entrantes. En esta línea, Voissnet detalló que serían problemas en el mercado: (i) el 50% hogares no poseería banda ancha fija; (ii) el 55% de los accesos móviles a internet correspondería a prepago; (iii) el precio por megabyte (MB) de prepago sería 10 veces más que el de planes post pago; y (iv) las tarifas de acceso a Internet serían las más altas y de peor calidad en términos de velocidad de acceso, respecto de otros países OCDE.

32.1. De acuerdo a Voissnet, sería necesario ampliar el tema consultado a otras consideraciones, más allá de los *caps*. Por ejemplo, sería relevante analizar la necesidad de una modificación al sistema de asignación de frecuencias, pasando de los concursos de bellezas, a las subastas o licitaciones al mejor postor. Lo anterior en atención a que el actual sistema valoraría el compromiso de cumplimiento de "contraprestaciones" del oferente (cobertura, velocidad de despliegue, acceso a escuelas rurales y otras). Sin embargo, premiar cobertura y velocidad de despliegue resultaría una barrera infranqueable para potenciales entrantes, dado que incumbentes ya poseen la infraestructura que satisface esta condición. A esto, se agrega que sería necesario reducir el plazo de las concesiones a 15 años y definir normas de compartición de infraestructura entre operadores de manera clara, toda vez que subastas o concursos favorecerán siempre a empresas poseedoras de infraestructura existente.

32.2. Voissnet destaca que todos estos años se habría seguido una política en telecomunicaciones de competencia por infraestructura, lo que ha generado sobreinversión (exceso de cables y antenas, situación desregulada por la LGT), externalidades negativas y costos indirectos para la ciudadanía. En este sentido, la ley de antenas, la desagregación de pares telefónicos y los OMVs, serían ejemplos de reglamentos que obligan a las empresas a compartir sus instalaciones, pero que, en la práctica, tendrían resultados precarios. Por esto, se debería cambiar el énfasis regulatorio hacia nuevos modelos de uso de la infraestructura que incentive y regule la compartición de infraestructura. En efecto, facilitar la compartición de redes redundaría en reducciones de inversión y costos operacionales del orden del 40% para la tecnología 5G (cifras calculadas por Consultora McKinsey).

32.3. De esta manera, Voissnet realiza la siguiente propuesta: (i) subastar las distintas bandas de espectro radioeléctrico (15 años) dividiéndolas en cupos: tres cupos (15% cada uno) de la disponibilidad de la banda respectiva, determinando un *cap* individual subasta a subasta, distribuyendo equitativamente la capacidad total por empresa, evitando la concentración del espectro en los incumbentes; (ii) un cupo para una empresa mayorista equivalente al 45% de la banda a subastar, dicha concesión debería estar sujeta a fijación de tarifas, si correspondiera, y a que su concesionario no podría vender sus servicios a consumidores finales, pero estaría facultado para prestar servicios a las empresas que no hayan obtenido cupos en las subastas individuales exclusivas; (iii) la autoridad reserva un 10% de la banda para usos futuros asociados a nuevas tecnologías y/o interés nacional, no competitivos en el mercado 5G.

33. A fojas 655, OPS aportó antecedentes. Se refirió a los *caps* propuestos por Subtel y señaló que lo solicitado excedería el objeto de una consulta y se correría el riesgo de que las incumbentes puedan beneficiarse en desmedro de competidores actuales o potenciales. En esta línea argumentó que no se debería aumentar los 60 MHz, ya que: a) el espectro sería un insumo esencial y una ventaja competitiva, por lo que el límite vigente evitaría ventajas competitivas (costos y calidad de servicio); y b) con su fijación se impediría el acaparamiento de espectro y se favorecería la entrada.

33.1. De esta manera, OPS propone modificar la actual forme de asignar y adjudicar espectro, pasando a un sistema dinámico conforme al uso efectivo del mismo por parte de usuarios finales. Este sistema debería estar en permanente revisión de Subtel, por medio de un Centro de Asignación Eficiente del Espectro que tenga capacidad de decisión sobre las solicitudes de los distintos operadores en el mercado. De este modo, si para un operador es insuficiente la cantidad de espectro inicialmente asignada (ya que debido a su buena gestión consiguió nuevos usuarios), podrá solicitar una mayor cantidad.

33.2. Respecto a las medidas complementarias, OPS sugiere que éstas deberías ser precisadas para que efectivamente produzcan una mayor competencia: (i) *roaming* nacional obligatorio: es insuficiente porque no consideraría a los OMV que poseen infraestructura de red. Además, no estaría claro en qué se diferencia el *roaming* con una oferta de facilidades para OMV full; (ii) la obligación de que los OMRs mantengan una oferta de facilidades y reventa sería insuficiente, pues ya existiría y no habría dado resultado, especialmente porque no se considerarían ofertas para OMV completo, además, se requeriría que la autoridad tarifique en forma regulada y periódica el valor máximo de las facilidades desagregadas que las OMR deben ofrecer a los OMV; y (iii) no correspondería que las empresas incumbentes se ajusten al límite de espectro por medio de una transición paulatina.

34. A fojas 789, Netline aportó antecedentes. En primer lugar, señaló respecto del mercado relevante que existiría: (i) un excesivo y permanente nivel de concentración del mercado y de derechos de uso de espectro por las empresas dominantes; (ii) una integración vertical de las incumbentes en el mercado mayorista y minorista que requeriría controlar los posibles abusos de posición dominante; (iii) un escaso desarrollo de OMVs que demostraría que no existen condiciones de competitividad en el mercado. Por otro lado, sobre las medidas de *caps* propuestas, Netline argumentó que el desprendimiento de espectro ordenado por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 73923-2016 debe ser aplicado y, luego de aquello, la autoridad sectorial competente podría determinar si es necesario elevar el límite de 60 MHz.

35. A fojas 566 Qualcomm, aportó antecedentes y se refirió a la distribución del espectro, resaltando que existen distintas maneras de diseñar los *caps*: (i) según vigencia, puede ser permanente o para una asignación específica; (ii) según alcance, puede abarcar una banda de frecuencias o múltiples bandas; y (iii) según aplicación, pueden ser topes duros o en porcentaje. Como no habría una única solución, se requiere identificar qué se busca conseguir en el mercado, y con ello, el número de operadores deseable; los requerimientos de espectro que permitan ser viables en el largo plazo; y los objetivos de competencia a promover. Qualcomm estima que, dada la experiencia internacional y la escala y desarrollo del mercado chileno, la fijación de *caps* debería buscar garantizar cuatro OMR viables.

35.1. Para Qualcomm toda fijación de *caps* debería ser flexible para promover la competencia y el desarrollo tecnológico y, a su vez, consistente con el dinamismo del mercado. Por lo tanto, los *caps* requerirían ser revisados constantemente. Qualcomm estima necesario que la fijación de los límites no debería asumir una distribución uniforme o igualitaria entre los diferentes operadores móviles. Además, sería recomendable que se reconozca un factor de holgura consistente con las respectivas estrategias de cada operador.

35.2. Así, Qualcomm propone: (i) un mecanismo de topes de espectro con vigencia permanente, con alcance en múltiples bandas (agrupadas en cuatro rangos de frecuencias) y con aplicación en porcentaje en cada rango de frecuencias; (ii) diferenciar las bandas en cuatro rangos que reconocen las características de propagación y la necesidad de los operadores de contar con portafolios de espectro: a) bajas (<1 GHz); b) medias bajas (1-3 GHz); c) medias altas (3-6 GHz); y d) altas (>24 GHz); (iii) como tope un 35% en bandas bajas; un 30% en bandas medias bajas; un 35% en bandas medias altas; y 25% en bandas altas. Adicionalmente, sugirió que se permita a la Subtel incrementar dichos porcentajes cuando existan razones justificadas para ello y definir límites máximos de espectro para bandas específicas.

35.3. Finalmente, sobre la tecnología 5G, Qualcomm afirmó ésta podría utilizarse como: (i) banda ancha móvil mejorada; (ii) innovación en comunicacio-

nes de misión crítica (vehículos autónomos, procedimientos médicos, entre otros); e (iii) internet masivo de las cosas. Por tanto, estima que tendría un impacto transversal en todos los sectores productivos y en la gestión de recursos, seguridad, medio ambiente y calidad de vida.

35.4. Qualcomm está de acuerdo con la idea de liberar la banda 3.5 GHz para 5G. Los análisis de Qualcomm apuntan a que la asignación eficiente de esta banda requeriría bloques de, por lo menos, 100 MHz por operador. Asimismo, está de acuerdo con definir la banda 26 GHz como la primera banda para 5G por encima de los 24 GHz, pero considera que, en esta decisión, no debería excluirse el uso de otras bandas altas en el futuro.

36. A fojas 700, QIN aportó antecedentes. En primer lugar, detalló algunas perspectivas comparadas, concluyendo que el diseño de la política pública requeriría considerar la opción de abrir el mercado a operadores especializados que faciliten la cobertura de última milla en clúster productivos regionales, espacios *indoor* y zonas rurales. Lo anterior, supondría la inclusión de operadores multibanda o multioperadores, cuyo foco sea la gestión eficiente del tráfico de datos en zonas de alta demanda. En EE.UU, la autoridad se encontraría desplegando un plan estratégico para 5G que se basa en: (i) liberar espectro radioeléctrico en bandas bajas, medias y altas, por medio de subastas; (ii) actualizar la política de espectro; y (iii) modernizar la regulación. En Inglaterra, el regulador reconoce las nuevas oportunidades que crean los servicios 5G y la necesidad de flexibilizar la política regulatoria para la inclusión de nuevos servicios y nuevos proveedores de servicios inalámbricos. Finalmente, la Comisión Europea destaca como aspectos claves la asignación de espectro y la promoción de desarrollo de las *small cells*.

36.1. Finalmente, acerca de las medidas propuestas, coincide con la descripción de las características de las bandas realizada en la consulta, así como en la necesidad de las medidas complementarias y en la conveniencia de la separación en el diseño de la política entre los incumbentes y entrantes. Considera que la autoridad debiera reservar determinados anchos de banda del espectro para abordar las necesidades de (i) clústeres productivos regionales, (ii) cobertura de espacios *indoor* y (iii) zonas rurales no iluminadas por sistemas radiantes, o bien considere en futuros concursos no solo

los servicios que requieren de una concesión, sino que también los servicios limitados y la flexibilización del uso de la banda. Asimismo, indicó que, en la próxima licitación, se debería disponer de un determinado ancho de banda para entrantes que presten servicios móviles intermedios y limitados en 5G; reservar al menos un 50% del espectro que quede disponible en la banda 700 MHz para entrantes.

37. A fojas 780, Conadecus aportó antecedentes. Destaca que este proceso tendría por único objeto dar cumplimiento a lo establecido en el Resuelvo IV de la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 73923-2016. De acuerdo al informe de Cabello y Mandler, acompañado por Conadecus, el país habría avanzado en materia de telecomunicaciones, pero tal como lo demuestran diversos casos en los que han intervenido los organismos antimonopolios, el servicio se habría prestado en condiciones de competencia insuficiente, lo que habría impedido que bajen los precios en algunos segmentos del mercado –como en los correspondientes a las personas de menores recursos–, o que mejore la calidad, especialmente en ciudades pequeñas y en zonas rurales. Dicho informe, además, sugeriría propuestas de corto y largo plazo. Para el largo plazo, propondría límites dinámicos, con el objeto de lograr mayor homogeneidad en la distribución del espectro e incorporar al menos un nuevo operador, dicha propuesta debería ser evaluada de acuerdo con el índice HHI. Además, estos límites tendrían la ventaja de conceder más autonomía a Subtel y de reducir el índice HHI de 2.068 a 1500.

37.1. En lo que dice relación con las medidas complementarias, Conadecus indica que se requeriría que: (i) exista certeza de que Subtel realizará licitaciones conforme a los nuevos límites y a una calendarización que deba entregar en autos; (ii) Subtel fiscalice de manera eficaz el uso efectivo y eficiente del espectro, sea del ya asignado, como del que se asigne en lo sucesivo, para lo cual Subtel debería presentar en autos un proyecto al efecto; y (iii) existan incentivos para el desarrollo de los OMV; lo que dependería de que puedan acceder a servicios mayoristas libres de estrangulamientos de márgenes y de discriminación arbitraria de precios.

38. A fojas 1388, la FNE aportó antecedentes describiendo, en primer lugar, el mercado relevante del producto, el que sería el de los servicios de telecomunica-

ciones fijos y/o móviles provistos a través de medios inalámbricos –es decir, que requieren de uso de espectro radioeléctrico–, tanto mayoristas como a usuarios finales (como telefonía o banda ancha, entre otro), excluyéndose aquellos usos específicos asociados a servicios estratégicos y/o de investigación que cuentan con marcos reguladores especiales y/o de carácter internacional, tales como servicios de aficionados a las telecomunicaciones, de frecuencias patrón y de señales horarios, de radiolocalización, meteorología, radioastronomía o radionavegación aeronáutica o marítima, la radiodifusión (sonora y televisiva) y las diversas variantes de los servicios satelitales. Esta definición consideraría la convergencia entre servicios móviles y fijos inalámbricos.

38.1. A continuación, la FNE detalló cuál es la distribución actual del espectro. Respecto a las bandas bajas (inferiores a 1 GHz), señaló que, salvo Entel, Movistar y Claro, ningún otro operador contaría con asignaciones de bandas idóneas en esos rangos (700, 850, 900 MHz). Sin embargo, a nivel comparado, se aprecian posibles espacios de disponibilidad de nuevas bandas bajas en 600 (TV Digital), 800 (reordenamiento de *trunking*) y 20 MHz en 700 MHz (reservados para una posible red para casos de emergencia administrada por el Estado). Sobre las bandas medias (entre 1 y 6 GHz) y altas (superiores a 6 GHz), sería posible disponer de grandes anchos de banda de espectro en el corto plazo, sobre todo en bandas milimétricas (v.gr. de 24 GHz hacia arriba). Sin embargo, se presentarían asignaciones con características específicas (v.gr. comunales, regionales, para servicios limitados, etc.), que dificultan la identificación de bandas útiles para la prestación efectiva de servicios.

38.2. En específico, sobre la fijación de los límites del espectro, la FNE aseveró que, si bien los límites se habrían utilizado como medio para instar por la entrada de nuevos operadores, presentarían resultados ambivalentes en el largo plazo, pues ciertos entrantes no lograrían consolidarse en el mercado. De este modo, la fijación de *caps* debería lograr un balance entre evitar prácticas anticompetitivas como el acaparamiento y el uso ineficiente de bandas de espectro y el no constituir una barrera al crecimiento de los operadores eficientes que requerirán cada vez de más espectro. A su vez, de acuerdo a la Fiscalía, los operadores deberían tener acceso a un portafolio

de espectro para que detenten una combinación razonable de bandas según sus características técnicas y, con ello, complementen sus distintos modelos de negocios. La FNE también advirtió que las reglas de *caps* deberían ser flexibles y fijadas en instrumentos de fácil adaptación, lo que incluso permita, a largo plazo, su eliminación. Con todo, se debería considerar que los *caps* fijos permitirían evitar, de un modo más efectivo, el potencial acaparamiento de bandas.

38.3. La FNE agregó que, dado que los *caps* se han impuestos mediante procedimientos judiciales, sería necesario que la propia regla de *caps* incorpore intrínsecamente un criterio de flexibilidad, dinamismo y ajustabilidad automática. Asimismo, la FNE indicó que debiera incluir otras formas de adquisición por parte de un operador, tales como transferencia de concesiones o cambios en el uso de bandas prexistentes. En este sentido, para que los *caps* resguarden mínimos niveles de adaptabilidad y permanencia, debería evitarse que se individualicen las bandas específicas sobre las que aplica, pues la regla debiera permitir la incorporación automática de aquellas posibles nuevas bandas que se estandaricen para servicios o se transformen en idóneas técnica y económicamente para prestar esta clase de servicios.

38.4. Luego, la FNE propuso como fórmulas para la fijación de *caps* con criterios de flexibilidad, dinamismo y ajustabilidad automática, un mecanismo de porcentajes; o un número o guarismo fijo de MHz máximos en bandas bajas, medias y altas, con un criterio de reajustabilidad definido *ex ante*. Tanto el porcentaje como el número máximo de MHz pueden ser diferenciado o no, en cada grupo de bandas (bajas, medias y altas). A su vez, advirtió que el análisis de superación de los *caps* prestablecidos debiera realizarse ante cada escenario en que un operador pase a adquirir nuevo espectro, independiente de cuál sea su causa u origen. En caso de superarse los *caps*, debiera existir un plazo máximo para el adecúo a los límites fijados, en el cual el operador debiera finalizar el ajuste, independiente de la forma o medios que emplee para ello.

38.5. Respecto a los *caps* en los distintos territorios, para determinar el exceso o cumplimiento de los límites impuestos, la FNE estima que no pueden

omitirse las asignaciones regionales o de un ámbito territorial inferior al nacional. Ello en mayor medida con 5G, donde con la irrupción de las bandas milimétricas, se prevé el desarrollo de negocios de nicho, con posibles asignaciones territoriales muy acotadas (comunas o incluso determinados recintos o *hotspots*). La FNE señaló que, para abarcar esta clase de asignaciones inferiores a las nacionales, debería velarse porque el *caps* que se fije, se aplique en cada ámbito territorial específico y no sólo al nivel de bandas nacionales. Vale decir, el análisis debería realizarse al nivel de la menor de las asignaciones que exista actualmente, o en el futuro.

38.6. Sobre las medidas complementarias, la FNE indica que el análisis de las mismas, por una parte, excedería de los alcances de este proceso consultivo y, por otra, no podría considerarse en abstracto a las finalidades de política pública que pretenda Subtel (que no han sido completamente explicitadas). De acuerdo a la FNE, el balance de estas medidas sería estrictamente dependiente de la distribución del espectro entre los operadores, lo que, a su vez, depende de las reglas de *caps* que se fijen. Por ejemplo, medidas como el *roaming* nacional obligatorio o facilidades a los OMV, dependerían del diseño que se plantee para los futuros concursos de 5G. Si se avanza en modelos de asignación con unidades territoriales de menor alcance (no nacionales), aparecerá la necesidad de *roaming* devendrá. Por lo mismo, será necesario evaluar las medidas, caso a caso y cuando las situaciones se verifiquen.

39. A fojas 598, el Colegio de Ingenieros aportó antecedentes e indicó que, para el caso de las bandas bajas, está de acuerdo con los *caps* propuestos. En particular, propone que debieran concesionarse los 20 MHz que fueron reservados para una posible red de emergencia en la banda de 700 MHz, logrando la integración de un cuarto operador y ampliando, con ello, la base competitiva. A su vez, destaca la necesidad de preferencia para servicios suburbanos y rurales dadas; y que Subtel, al fundamentar su propuesta, no habría considerado a los concesionarios de servicio intermedio del tipo mayorista que solo atienden a OMVs. Estos concesionarios podrían requerir más espectro que lo establecido para bandas bajas. A todo lo anterior, se debería agregar (i) un apagón programado de tecnología 2G para aumentar disponibilidad de espectro; (ii) los servi-

cios de voz en 2G deben migrar a tecnologías digitales tipo LTE; y (iii) realizar un apagón en 3G para fomentar 4G y 5G.

39.1. Respecto a las bandas medias altas y altas, el Colegio de Ingenieros estima prematuro establecer límites para estas bandas, ya que las portadoras recomendadas por 3GPP irían desde 50MHz hasta 400 MHz. Concuerda con la necesidad de las medidas complementarias. Además, destacó que se requeriría una modificación de la Ley General de Telecomunicaciones para reducir el plazo de duración de las concesiones. Finalmente, indicó que sería adecuado adoptar una futura banda de 600 MHz para comunicaciones móviles (asignada actualmente a TV digital terrestre y que se encuentra en constante declinación) y, con ello, permitir al menos un quinto operador (adicional al cuarto que se podría incorporar con la liberación del espectro reservado en 700 MHz).

G. Audiencia Pública

40. A fojas 2581 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 27 de mayo de 2019, a las 15:00 horas. La publicación en el Diario Oficial de la citación a dicha audiencia se efectuó, según consta a fojas 2595, el 7 de mayo de 2019, mientras que la publicación en la página web del tribunal se realizó el 23 de abril de 2019.

41. En la audiencia pública, como consta a fojas 3193, intervinieron los apoderados de la Consultante y de los aportantes antecedentes WOM, Claro, Entel Telefonía Local, Entel PCS, VTR, Movistar, Voissnet, OPS, Netline, QIN, Conadecus y la FNE.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. Objeto de la consulta

42. De acuerdo con lo señalado en la parte expositiva, Subtel ha solicitado que se modifique el límite máximo (o *cap*) de espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio de telefonía móvil, establecido en 60 MHz

por la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008 de 27 de enero de 2009, emitida con ocasión de la licitación del servicio público de telefonía móvil digital avanzado ("Concurso 3G"). Dicha solicitud se funda en que en una sentencia posterior (Rol N° 73.923-2016, de 25 de junio de 2018), la Excma. Corte Suprema indicó que el límite de 60 MHz establecido anteriormente era de alcance general y que, si Subtel estimaba que era necesaria una revisión de dicho límite, debía iniciar un proceso consultivo ante este Tribunal.

43. Para efectos de su solicitud de modificación del *cap* de 60 MHz, Subtel agrupa las distintas bandas de frecuencia en macrobandas bajas, medias bajas, medias altas y altas, y propone límites diferentes para cada una de ellas. En específico, la Subsecretaría inicialmente sugirió los *caps* que se muestran en la Tabla N° 5, que asimismo da cuenta del *status quo*:

TABLA N° 5

PROPUESTA ORIGINAL DE CAPS DE SUBTEL

Macrobanda	Banda	Cap por operador [1]	Situación actual (MHz)
Baja (<1 GHz)	700 MHz	50 MHz	Entel (30), Movistar (20) y Claro (20)
	850 MHz		Movistar (25) y Claro (25)
	900 MHz		Entel (20) [2]
Media baja (1 - 3 GHz)	1900 MHz	60 MHz	Entel (60), Movistar (30) y Claro (30)
	1700/2100 MHz		WOM (60) y VTR (30)
	2600 MHz		Entel (40), Movistar (40+12*), Claro (40) y VTR (*)
Media alta (3.4 - 3.7 GHz)	3.5 GHz [3]	80 MHz	Entel (25+25**), Claro (30), VTR (30**), Telsur (30**) y Movistar (30**)
Alta (27.5 - 28.35 GHz)	28 GHz	200 MHz	-

[1] Aplicable únicamente a frecuencias de servicio de telefonía y transmisión de datos. Se excluyen las bandas compartidas, enlaces punto a punto, satelitales (3,7 a 3,8 GHz), radiodifusión y aquellos espectros otorgados en los concursos del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

[2] A través de compra de Transam (servicio intermedio).

[3] Según informa Subtel a fojas 236, esta banda estaba originalmente destinada a la prestación de acceso telefónico local inalámbrico ("WLL") y datos inalámbricos de carácter fijo con la potencialidad de servicio nómade ("WiMax") que, en conjunto, según la Resolución Exenta de Subtel N° 1953-2018, actualmente se denominan servicios fijos inalámbricos.

(*) Movistar tiene 12 MHz más en RM a través de un servicio intermedio. VTR tiene 36 MHz como servicio intermedio en las comunas de la Serena y Coquimbo; 24 MHz en las comunas de Osorno, Iquique, Pirque, Puente Alto, San Bernardo y Colina, en las ciudades de Valdivia, Puerto Montt y Temuco, y en la provincia de Santiago; y 12 MHz en las ciudades de Valparaíso, Viña del Mar y Concepción.

(**) En la banda 3.5 GHz, previo a la dictación de la Resolución Exenta de Subtel N° 1289-2018, Entel tenía 50 MHz nacionales y 50 MHz regionales en todo el país; Claro tenía 50 MHz nacionales; VTR tenía 50 MHz en las regiones de Arica y Parinacota y de la Araucanía; Telsur tenía 50 MHz en las regiones de Los Ríos y de Los Lagos; y Movistar tenía 50 MHz en las regiones de Aysén y de Magallanes y la Antártica Chilena. En la actualidad, posterior a la Resolución Exenta de Subtel N° 1953-2018, Entel tiene 25 MHz nacionales y 25 MHz regionales en todo el país; Claro tiene 30 MHz nacionales; VTR tiene 30 MHz en las regiones de Arica y Parinacota y de la Araucanía; Telsur 30 MHz en las regiones de Los Ríos y de Los Lagos; y Movistar 30 MHz en las regiones de Aysén y de Magallanes y la Antártica Chilena.

Fuente: Elaboración propia, basado en la consulta a fojas 250 y 260.

44. Junto con lo anterior, Subtel solicitó que se fijaran las siguientes condiciones complementarias a los *caps* o límites de derechos de uso sobre el espectro: (i) la obligación de los operadores incumbentes que tienen una red de cobertura nacional, de dar *roaming* nacional y temporal a los asignatarios de frecuencias que están en etapa de despliegue de sus infraestructuras; (ii) la obligación de los operadores incumbentes que tienen una red de cobertura nacional, de mantener disponible de manera permanente y actualizada, una oferta de facilidades y de reventa de planes para OMV, que sea viable y que permita a éstos otorgar todos los servicios a público que puede ofrecer el incumbente; (iii) la obligación de los operadores incumbentes que tienen una red de cobertura nacional, de compartir su infraestructura pasiva con otros asignatarios de frecuencia, a precios y condiciones no discriminatorias; (iv) el monitoreo permanente por parte de Subtel y de la FNE de las obligaciones anteriores; (v) en los concursos que impliquen una concesión de uso sobre frecuencia radioeléctricas, deberá exigirse a los asignatarios, con independencia del tiempo de despliegue técnico de red que se verifica en la recepción de obras, que comprometan un plan de uso efectivo y eficiente de la red, con vigencia durante todo el plazo de duración de la concesión respectiva, el que deberá ser aprobado por Subtel; (vi) la obligación de Subtel de privilegiar a entrantes u operadores de menor tamaño en los concursos para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas de nuevos servicios o tecnologías, cuando los incumbentes pueden razonablemente ofrecerlos en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de sus redes, en un plazo y costos razonables; y (vii) la in-

habilitación para participar en concursos de asignaciones de concesiones para el uso de frecuencias radioeléctricas a aquellos operadores que incumplan algunas de las medidas antes detalladas, sin que sea oportunamente subsanado.

45. Asimismo, con el fin de equilibrar los objetivos de competencia y promover las inversiones, la Consultante propone que el *cap* a determinar pueda admitir como excepción que se adjudiquen frecuencias por sobre el máximo a operadores incumbentes, si es que en un concurso específico no hay otros operadores interesados. Alternativamente, Subtel sugiere realizar concursos con un doble llamado.

46. A todo lo anterior, Subtel agrega condiciones especiales relativas a los concursos de asignación de derecho de espectro para las tecnologías y servicios 5G. En particular, solicita que: (i) se disponga la realización de un ordenamiento especial de asignación de frecuencias para los casos en que pudiera realizarse un concurso con las bandas 3.5 GHz y/o 28 GHZ o bien, en concursos separados temporalmente, considerando separadamente la participación de operadores incumbentes; operadores entrantes; y de operadores de servicios intermedios, lo anterior de acuerdo a lo que se detalla a fojas 261; (ii) establecer *caps* y medidas complementarias detalladas en el párrafo 44 anterior para la tecnología 5G, pero con la salvedad de aquellas que requieran un largo tiempo de implementación (o bien no se impongan, o se impongan de un modo alternativo en esta tecnología); y (iii) a las empresas incumbentes se les reconozca una preferencia en la adjudicación de los respectivos concursos y, de ser aplicable, una compensación económica por el plazo remanente de sus concesiones (fojas 261).

47. Finalmente, la Consultante solicita que los ajustes a los límites propuestos para las bandas medias bajas por parte de las concesionarias que actualmente lo excedan, sea objeto de una transición paulatina, conforme a los criterios descritos en el literal b) del numeral 7 de la sección V de la consulta y que se indicaron en el párrafo 18 de la parte expositiva.

48. Posteriormente, mediante presentación de fojas 1756, la Consultante señaló las ventajas y desventajas de fijar *caps* estáticos o fijos en oposición a los *caps* dinámicos o porcentuales, admitiendo que "*puede ser conveniente que la*

fijación de límites máximos de tenencia de espectro sea en términos porcentuales, en lugar de guarismos". De este modo, sugiere un *cap* de 32% para cada una de las macrobandas, concluyendo que "*un límite máximo de tenencia de espectro que ascienda a un 32% del espectro disponible para prestar servicios móviles en cada macro banda, permite ser consistente con los caps fijados en la Consulta, respecto de las macro bandas baja, media alta y alta*" (fojas 1762 vuelta). A pesar de esta conclusión, se debe hacer presente que la Subtel reconoce que para el caso de la macro banda alta el límite de 32% implica un aumento de 72 MHz del *cap* originalmente propuesto. Con todo, indica que esto no sería preocupante dado que "*en los concursos que se realicen para otorgar concesiones sobre las frecuencias pertenecientes a esta macro banda, Subtel podrá subdividir la banda de frecuencia de que se trate en el mayor número de bloques que técnicamente permita, en forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles*" (fojas 1761 vuelta).

49. Por su parte, respecto de la macro banda media baja, sostuvo que este límite porcentual del 32% modifica aquel propuesto inicialmente en términos fijos en la consulta, pero que dicho cambio es conveniente atendida la realidad del mercado, según lo habrían expuesto diversos aportantes de antecedentes en esta causa (fojas 1762 vuelta).

50. Que atendidos los hechos consultados y las medidas solicitadas por Subtel, en forma previa, se debe precisar cuál es el alcance del ejercicio de la potestad prevista en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211. Dicha norma confiere a este Tribunal la facultad de "*conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*";

51. La norma antes reproducida dispone que la denominada potestad consultiva se ejerce respecto de un hecho, acto o contrato, existente o por celebrarse. En estos casos, el Tribunal desarrolla una función preventiva administrativa, consistente en autorizar –con o sin condiciones– o rechazar el hecho, acto o

contrato consultado, sea este presente o futuro, a fin de evitar o minimizar la posibilidad de que se ponga en riesgo la libre competencia. Nótese que, en cualquiera de las hipótesis temporales, el hecho, acto o contrato consultado debe ser específico y suficientemente determinado, de manera que permita a este Tribunal adoptar una decisión razonada sobre su compatibilidad con las normas de la libre competencia y con la eventual imposición de remedios o condiciones para su autorización, las que deben obedecer a los principios de eficacia y proporcionalidad (Resolución N° 51/2018, párrafo 50).

52. En este caso, el hecho, acto o contrato consultado, es una prohibición establecida en una resolución judicial. En efecto, tal como se señaló en la resolución de fojas 266 que dio inicio a este procedimiento, el objeto de esta consulta consiste en modificar el límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008 de 27 de enero de 2009, fija en 60 MHz, que habría reemplazado para este efecto a la condición segunda de la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal.

53. De lo anterior se infiere que la consulta se refiere a un hecho existente específico y suficientemente determinado, cual es revisar el límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil. Por consiguiente, ninguna duda asiste sobre la competencia que tiene este Tribunal para absolver esta parte de la consulta, en los términos formulados por Subtel.

54. Sin embargo, dicha claridad no se observa respecto de algunas de las medidas complementarias (párrafo 44) y de aquellas especiales solicitadas por Subtel (párrafo 46). Como se dijo, uno de los requisitos para que pueda ejercerse la potestad regulada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, es que el hecho, acto o contrato consultado sea específico y lo suficientemente determinado como para que pueda emitirse un pronunciamiento a su respecto, estándar que no cumplen algunas de las mencionadas condiciones.

55. En efecto, las condiciones indicadas en los literales (v), (vi) y (vii) del párrafo 44, así como las medidas singularizadas en el párrafo 46, se refieren a obligacio-

nes y exigencias dirigidas a Subtel, asignatarios y operadores que se deberían establecer en futuros concursos públicos de asignación de espectro radioeléctrico, respecto de los cuales no existen lineamientos generales ni menos aún los actos administrativos iniciales que puedan otorgar un marco razonable sobre su contenido, determinación y alcance que pueda ameritar un pronunciamiento del Tribunal.

56. A lo anterior se suma que es el regulador sectorial el encargado de definir los objetivos de política pública que se buscarán en cada uno de estos concursos, de manera tal que los posibles escenarios regulatorios en que los operadores se desenvolverán son múltiples. Esto hace imposible predecir un escenario específico que el Tribunal debe analizar con el fin de corregir algún eventual problema que afecte la competencia. En efecto, tal como señala la FNE "*las combinaciones regulatorias posibles a propósito de las medidas que Subtel trae a competencia (..) son múltiples, variadas y dependen precisamente de la política que el órgano sectorial pretenda promover en el mercado y de las reglas ex ante de fijación de límites máximos de tenencia de derechos de uso sobre espectro radioeléctrico. El examen no puede realizarse sin que medien al menos las directrices generales en esas materias*" (fojas 1456).

57. Por otro lado, al revisar el contenido de las tres primeras condiciones complementarias solicitadas en la consulta (literales (i), (ii) y (iii) del párrafo 44) es posible advertir que ellas se refieren a obligaciones generales exigidas a los operadores incumbentes, lo que excede las facultades del Tribunal en este ámbito, tal como se señaló en las resoluciones N° 53/2018 y N° 57/2019, y en las sentencias Rol Nº 4797-2008 (C.12°) y Rol N° 30190-2014 (C.10°) de la Excma. Corte Suprema. Las obligaciones aplicables a una industria cuyo objetivo es corregir eventuales fallas persistentes y generales de un mercado, solo se pueden establecer en virtud del ejercicio de la facultad de dictar instrucciones de carácter general, contemplada en el artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211, y no cuando se consulta un hecho, acto o contrato.

58. De esta manera, el límite a las condiciones que se puede fijar en un procedimiento no contencioso iniciado por una consulta dice relación con que en esta clase de proceso no es posible reglar de manera general un mercado, sino

que, en el marco de esta facultad, se analiza un acto, hecho o contrato celebrado o por celebrarse, respecto del cual se pueden imponer diversas medidas o condiciones. Por tanto, la limitación del actuar de la competencia del Tribunal en estos autos está dada por el acto, hecho o contrato consultado, el que debe referirse a una situación específica y concreta.

59. Por último, la condición consistente en el monitoreo permanente por parte de Subtel y de la FNE de las medidas complementarias (literal iv) del párrafo 44) se encuentra condicionada a que se decreten éstas, por lo que no cabe imponerla aisladamente.

60. Aclarado lo anterior, la metodología que se utilizará para resolver la presente consulta es la siguiente: (i) en primer lugar, se describirá el origen y los fundamentos del actual límite máximo de 60 MHz; (ii) en segundo término, con el objeto de determinar si procede revisar el referido límite máximo, se realizará un análisis comparativo de las condiciones de competencia existentes al momento en que se impuso el mismo y las actuales, fundamentalmente en lo que dice relación con los mercados relevantes involucrados, los índices de concentración y las condiciones de entrada; (iii) a continuación, se revisará la distribución actual del espectro radioeléctrico de acuerdo con la naturaleza de las bandas existentes; (iv) en cuarto lugar, se analizará la naturaleza y tipos de *caps* o límites máximos que pueden imponerse, para lo cual se tendrá en consideración el tipo de bandas que conforman el espectro, así como los lineamientos que han desarrollado los organismos internacionales especializados y la experiencia comparada; y (v) por último y en caso que proceda, se establecerá el nuevo límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil.

B. Origen del cap en Chile y motivación de la consulta

61. Sin perjuicio de lo que se ha indicado en los párrafos precedentes, a continuación, se describirá brevemente el origen del límite máximo de 60 MHz que puede tener en uso cada operador de servicio de telefonía móvil, así como las razones de política pública que ha esgrimido Subtel para solicitar su modificación por medio del presente proceso. Estos antecedentes son relevantes porque

los límites que se fijen, en definitiva, deben ponderar la adecuada protección a la libre competencia con los objetivos de la política pública de telecomunicaciones que ha definido el regulador sectorial, que se expondrán *infra* en párrafos 72 y siguientes.

62. El 30 de mayo de 2007, Subtel presentó una consulta relativa al Concurso 3G. En aquella ocasión, dicho órgano explicó que, conforme a la LGT, las bases del concurso no podían excluir a ningún interesado en postular. Sin embargo, considerando lo resuelto anteriormente por los órganos de libre competencia, resolvió formular dicha consulta con el objeto de dilucidar si correspondía, de acuerdo con las normas contenidas en el D.L. N° 211, establecer o no algún tipo de exclusión, restricción o requisito específico para la participación de los concesionarios de servicio público telefónico móvil incumbentes a esa época en el Concurso 3G. Dicha consulta dio lugar al procedimiento Rol NC N° 198-07.

63. En el marco de dicho proceso, la FNE y otros intervinientes, con el objeto de fomentar la competencia, propusieron limitar la cantidad de espectro radioeléctrico asignado a un operador de telefonía móvil a 60 MHz, considerando todas las bandas que en dicho momento estaban destinadas a prestar el servicio de telefonía móvil.

64. El 17 de julio de 2008, el Tribunal dictó la Resolución N° 27/2008, en la que se determinó que no era procedente excluir del Concurso 3G a los concesionarios de servicio público telefónico móvil de ese entonces, por lo que éstos podían participar en él "*cumpliendo con la normativa aplicable y con los demás requisitos de general aplicación que establezcan las bases del concurso público consultado*" (Resuelvo primero). Dicha resolución fue impugnada mediante recursos de reclamación interpuestos por la FNE, Nextel Chile S.A., VTR Banda Ancha Chile S.A y la Subtel. Dichos recursos fueron acogidos parcialmente por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia Rol N° 4797-2008, oportunidad en que estableció el referido límite máximo de 60 MHz.

65. De acuerdo con la Sentencia Rol N° 4797-2008, el límite a la tenencia de espectro radioeléctrico fomentaría su uso eficiente y el acceso igualitario a éste, lo que redundaría en una mayor competencia en el mercado de las telecomuni-

caciones móviles. En efecto, la Excma. Corte Suprema consideró que el espectro era un insumo esencial para proveer los servicios de telecomunicaciones móviles y, por tanto, la cantidad de espectro asignada a cada operador determinaría los costos de prestar los servicios y su calidad, por lo que se hacía necesario promover cierta homogeneidad en la cantidad que cada operador podía poseer.

66. De esta forma, la Excma. Corte Suprema concluyó que *"resulta de sobra justificado acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que puede detentar cada operador, a fin de incentivar su uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones, propósito al que aspira la legislación vigente sobre la materia" (*c.22°, sentencia Rol N° 4797-2008).

67. Posteriormente, en el proceso contencioso Rol C N° 275-14, se discutió el alcance del límite máximo de 60 MHz fijado en la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008. En dicho proceso, Conadecus demandó a las operadoras móviles Entel, Claro y Movistar por haber participado en el Concurso Público para otorgar Concesiones de Servicio Público de Transmisión de Datos en las Bandas de Frecuencias 713 – 748 MHz y 768 – 803 MHz ("Concurso 700 MHz"). Entre otras imputaciones, Conadecus acusó a dichas empresas de infringir la libre competencia al participar en el Concurso 700 MHz convocado por Subtel, dado que al resultar adjudicatarias habían excedido los límites de espectro radioeléctrico del cual cada operador podía disponer lícitamente. Además, Conadecus arguyó que las demandadas estaban acaparando espectro y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente.

68. Por otro lado, Conadecus fundamentó la existencia del límite de 60 MHz no sólo en la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008 sino, también, aseveró que éste se desprendería de la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal. En esta última se autorizó la fusión entre Movistar, BellSouth Chile, Inc. y BellSouth Chile Holdings, Inc., y entre sus condiciones se ordenó a Movistar enajenar 25 MHz en la banda de 800 MHz, no pudiendo el comprador de dicho bloque ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz. Así, Conadecus sostuvo que el límite de 60 MHz tenía alcance general, mientras que Entel, Claro y Movistar argumentaron que el mismo sólo tenía un alcance parcial limitado al Concurso 3G.

69. Finalmente, este Tribunal resolvió, en la Sentencia N° 154/2016, que los referidos límites tenían un alcance particular en el Concurso 3G. Específicamente, concluyó que *"no puede sostenerse que el límite de 60 MHz fijado en la Resolución N° 2/2005 en el contexto de una operación de concentración y en la Sentencia de la Corte Suprema para el concurso de las bandas de 1700-2100 MHz (Concurso 3G) tenga efectos generales o sea un antecedente lógico que haya creado una situación que debió ser respetada por las demandadas en el Concurso 700 MHz"* (c.77°).

70. Sin embargo, posteriormente, la Excma. Corte Suprema, conociendo del recurso de reclamación interpuesto por Conadecus en contra de la Sentencia N° 154/2016, revocó esta última. El máximo tribunal consideró que el límite de 60 MHz era de alcance general y, por lo tanto, estimó que las demandadas Movistar, Claro y Entel habían incurrido en *"una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700, sin respetar el límite de 60 MHz impuesto como máximo que puede tener cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles, infringiendo el artículo 3° del D.L. N° 211"* (resuelvo I., Sentencia Rol N° 73923-2016, de 25 de junio de 2018).

71. En particular, la Excma. Corte Suprema fundó su decisión de imponer un límite general a la tenencia de espectro en Chile en: (i) el carácter escaso del espectro radioeléctrico, lo que constituiría una barrera a la entrada en el mercado de las telecomunicaciones; (ii) la incidencia que tiene la cantidad de espectro que se asigna a cada operador en los costos para proveer el servicio; (iii) la necesidad de promover la homogeneidad en la cantidad de espectro que puede tener cada operador; (iv) el acceso igualitario al espectro radioeléctrico; y (v) el uso eficiente del mismo.

72. Una vez expuestos los argumentos que tuvo en consideración la Excma. Corte Suprema para fijar el referido límite de tenencia de espectro, se describirán los "*principios y convicciones regulatorias fundamentales*" que Subtel consideró necesario exponer en la consulta (fojas 214 y siguientes) para la revisión de los límites a la tenencia de espectro y que constituyen, en su concepto, una "Nueva Política Nacional de Espectro Radioeléctrico".

73. De acuerdo con el regulador sectorial de telecomunicaciones, dicha política tiene como objetivo central asegurar el uso efectivo, eficiente y competitivo del espectro radioeléctrico de un modo permanente, atendido su carácter escaso. Así, *"la administración pública de este recurso debe contribuir siempre a que constituya un factor de desarrollo sectorial y no un factor de ventajas competitivas"* (fojas 215). Asimismo, el regulador también se hace cargo de posibles conductas exclusorias por parte de aquellos operadores que tienen más espectro, al sostener que *"la tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico por los operadores incumbentes no puede ser una situación que, en concomitancia con otras propias de su posición en el mercado, les permita hacer un uso estratégico de aquella para excluir"* (fojas 215). Junto con lo anterior, la Subtel también señala que esta política debe fomentar la innovación tecnológica y condiciones relativamente estables en cuanto al acceso y utilización de las asignaciones de uso de este recurso, señalando que *"no parece posible ni conveniente pretender que puedan fijarse y permanecer completamente estáticas ciertas reglas relativas a límites máximos de derechos de uso de espectro radioeléctrico"* (fojas 216).

74. Con posterioridad, a fojas 1756 y 2635, Subtel reitera dichos objetivos y realiza una propuesta de *caps* dinámicos. En la presentación de fojas 2635 indica que *"una política de competencia en esta materia debe tender a evitar que se produzcan actos de acaparamiento de espectro o, en términos más amplios, un 'uso estratégico del espectro para obstaculizar el desarrollo de la competencia de competidores'"* (fojas 2654). Adicionalmente, en estrados, el apoderado de dicha autoridad enfatizó que la política de competencia debe mantener *"la credibilidad de al menos cuatro operadores"* (presentación de Subtel en audiencia pública, fojas 2738).

75. Como se puede apreciar, evitar el acaparamiento de espectro radioeléctrico en manos de uno o más operadores móviles es uno de los objetivos centrales de la política de límites al uso del mismo por parte de Subtel, dado que se prevendrían, por un lado, eventuales problemas de competencia derivados de actos exclusorios y, por otro, se intensificaría la competencia al incentivarse su uso efectivo y eficiente, lo que se traduciría en servicios móviles de mejor calidad y precio para los consumidores.

76. En suma, de los antecedentes expuestos se puede concluir que, de acuerdo con Subtel, los límites de tenencia de uso de espectro radioeléctrico que en definitiva se impongan deben (i) promover la competencia en el mercado de telecomunicaciones móviles; (ii) incentivar su uso efectivo y eficiente; y (iii) ser fijados en términos tales que permitan la adaptación oportuna a los cambios tecnológicos que se produzcan en el sector.

C. Evolución de las condiciones de competencia

77. Para dilucidar si existe la necesidad de revisar el límite máximo de tenencia de uso de espectro radioeléctrico de 60 MHz impuesto en la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008, resulta fundamental analizar cómo han evolucionado las condiciones de competencia en el o los mercados relevantes desde que se impusiera dicho límite. Este análisis comprende un período de aproximadamente diez años, toda vez que este *cap* se fijó, como se ha señalado, el año 2009.

Condiciones de competencia en 2009

78. En primer lugar, se describirán las consideraciones sobre mercado relevante y condiciones de entrada que se establecieron en la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal, las que no fueron modificadas por la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008, dictada en 2009.

Mercados relevantes en 2009

79. Tal como se señaló *supra* 62, el procedimiento Rol NC N° 198-07 que culminó con la Resolución N° 27/2008, tuvo su origen en la consulta presentada por Subtel respecto al concurso que asignó porciones limitadas de espectro radioeléctrico destinadas al servicio público de telefonía móvil digital avanzada 3G (banda de frecuencia 1.710-1.755 MHz y 2.110-2.155 MHz). De acuerdo con la Resolución, la expresión "tercera generación (3G)" había sido empleada para designar "*(i) un conjunto de servicios de comunicaciones móviles; (ii) las tecnologías aptas para proveer tales servicios; (iii) los sistemas de comunicaciones que cuentan con determinados atributos o características; y, por último, (iv) para designar,*

genéricamente, un nuevo paso en la evolución tecnológica de los actuales sistemas de comunicaciones móviles o de segunda generación (2G)." (Parte Considerativa, Sección 4). De este modo, la tercera generación permitía ofrecer una gama de servicios (denominados como 3G) los cuales incluían "*transmisión de voz, video y datos en general, a alta velocidad, en un ambiente móvil, alcanzando una mayor eficiencia en el uso del espectro*" (Parte Considerativa, Sección 4) y contenía atributos diferenciadores, en particular, movilidad y conectividad, que no poseían aquellos servicios provistos mediante redes fijas.

80. A partir de lo anterior, los servicios que era posible prestar con las tecnologías de 3G resultaron determinantes para definir los mercados relevantes, los que fueron caracterizados como el mercado de transmisión de voz móvil (o "telefonía móvil"), por un lado, y el de la transmisión de datos o banda ancha móvil, por otro. De esta manera, la movilidad resultó ser decisiva para definir el mercado relevante. En efecto, en la Resolución N° 27/2008 se consignó que "*el mercado relevante sólo considerará como sustitutos a los servicios con atributo de movilidad, excluyendo servicios fijos que, precisamente por su falta de movilidad, no son capaces de otorgar todas las prestaciones o satisfacer todas las necesidades cubiertas por los servicios que pueden ser provistos por la 3G de comunicaciones móviles. Adicionalmente, se excluirán del mercado relevante los servicios nomádicos, toda vez que, de acuerdo con la información reunida en autos, las tecnologías nomádicas no tienen en la actualidad –ni alcanzarían en un futuro próximo– una estructura de costos competitiva con las tecnologías de 3G.*" (Parte Considerativa, Sección 6).

81. Más específicamente, respecto a los servicios de transmisión de voz móvil, se estableció que el mercado relevante consistía en "*el servicio público de telefonía móvil, incluyendo los servicios de transmisión de voz provistos mediante tecnologías de 2G y 3G*". Lo anterior, en atención a que la telefonía móvil es un servicio público que sólo puede ser prestado por aquellos que cuenten con una concesión para ello, circunstancia que lo distingue de otros servicios de transmisión de voz móvil, y al hecho que la transmisión de voz prestada mediante tecnologías 2G y 3G son similares en cuanto a sus características desde el punto de vista del usuario.

82. En dicho mercado sólo participaban Claro, Entel (incluyendo a Entel Telefonía Móvil S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.) y Movistar. Todas estas empresas prestaban sus servicios utilizando las bandas 800 MHz y 1.900 MHz, que eran las únicas destinadas al servicio de telefonía móvil en aquella época. En particular, en la banda de 800 MHz, Movistar y Claro tenían 25 MHz cada una; en tanto que en la banda de 1.900 MHz dichas compañías disponían de 30 MHz cada una, lo mismo que Entel Telefonía Móvil y Entel PCS.

83. En relación con las participaciones de mercado de los operadores de telefonía móvil, la Resolución utilizó tres métricas diferentes consistentes en: a) el número total de abonados; b) el tráfico total; y c) los ingresos percibidos por los servicios de telefonía móvil[1]. La Tabla N° 6 muestra que el mercado, en forma previa al Concurso 3G, se encontraba altamente concentrado con un HHI entre 3.646 y 3.896, dependiendo del indicador a utilizar:

TABLA N° 6

NÚMERO DE ABONADOS Y TRÁFICO TOTAL MEDIDO EN MINUTOS CURSADO POR LOS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL (2007) E INGRESOS POR EL SERVICIO DE VOZ (2006)

	Movistar	Entel	Claro	HHI
Abonados	42%	39%	19%	3.646
Tráfico total	33%	46%	21%	3.646
Ingresos Telefonía Móvil*	44%	42%	14%	3.896

** Ingresos correspondientes a los servicios de voz informados por los operadores a la FNE.*

Fuente: Resolución N° 27/2008.

84. Por otro lado, respecto a los servicios de transmisión de datos o banda ancha móvil, el mercado relevante definido en la Resolución N° 27/2008 fue "*el de los servicios móviles de transmisión de datos de alta velocidad con cobertura nacional, el que se encuentra en un estado de incipiente desarrollo, excluidos, por las razones que se explican a continuación, los servicios de transmisión de datos con movilidad limitada –nomádicos– o nula, como serían WiMax, ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) y CableModem, así como los servicios de transmisión de datos con tecnologías de 2G.*" (Parte Considerativa, Sección 6.2). Adicionalmente a esta definición, se tuvo en consideración que los servicios prestados a través de la tecnología 3G "*tienen la capacidad de desafiar a los*

[1] Los ingresos por transmisión de voz de los operadores del mercado, en aquella época, representan en promedio un 93% de los ingresos de las compañías.

incumbentes en los servicios de banda ancha fija", señalando en conclusión que "*el mercado de banda ancha fija era uno de los mercados en los cuales incide el Concurso*" (Parte Considerativa, Sección 6.2).

85. En particular, en la Resolución N° 27/2008 se señaló que aquel mercado se encontraba en un estado de desarrollo incipiente, sin entregar mayores antecedentes al respecto. Sobre esta materia solo se aclaró que, debido al despeje de una parte de la banda 1.900 MHz, los operadores móviles incumbentes desplegaron la tecnología UMTS/HSDPA (*Universal Mobile Telecommunications System/High Speed Downlink Packet Access*), también denominada tecnología 3.5G, la que mejoraba la capacidad máxima de transferencia de información, optimizando la tecnología espectral UMTS/WCDMA. De acuerdo con dicha resolución, la tecnología 3.5G posibilitó el lanzamiento comercial de los servicios de banda ancha móvil de alta velocidad. Con todo, la resolución antes indicada no profundizó sobre las participaciones de mercado de las compañías que prestaban estos servicios, lo que podría explicarse, principalmente, porque en aquella época no habrían sido relevantes. En efecto, no existían conexiones móviles de alta velocidad en ese momento, lo que sólo fue posible con la llegada de la tecnología 3G, a partir de 2009.

86. Respecto al ámbito geográfico de ambos mercados relevantes, estos correspondían al territorio de la República de Chile, debido a que tanto la zona de servicio de las concesiones de los operadores incumbentes como aquella considerada por la norma técnica del respectivo concurso, correspondían a todo el territorio nacional.

87. De forma complementaria a las definiciones ya señaladas, la Resolución N° 27/2008 identificó mercados conexos que, sin ser parte de los mercados relevantes descritos, igualmente se verían afectados por la irrupción de los servicios móviles de 3G. Así, señaló que la convergencia en las telecomunicaciones permitió la competencia entre proveedores que operaban anteriormente en mercados separados (por ejemplo, telefonía a través de redes de televisión por cable, y viceversa). De este modo, se concluyó que "*en un contexto de convergencia y redes multiservicio, existe un creciente grado de competencia entre redes, producto del cual las empresas que cuentan con redes deben reaccionar*

competitivamente frente a las nuevas posibilidades de uso de las mismas cuando éstas convergen" (Parte Considerativa, Sección 6.3). Si bien los servicios prestados por redes de cables (par de cobre o ADSL) o inalámbricas (WiMax) no eran considerados sustitutos cercanos de los servicios móviles de 3G, "*los servicios que se desarrollen en estas últimas, sus estructuras de costos y la competitividad de los precios que presente la oferta de los servicios prestados por redes móviles, inciden en la oferta y comportamiento competitivo de los proveedores de servicios prestados por otras redes*." (Parte Considerativa, Sección 6.3). Ello implicaba que los proveedores de banda ancha fija de dicha época podían ser desafiados o sustituidos con la irrupción de los servicios de comunicaciones móviles de tercera generación.

Condiciones de entrada en 2009

88. Pese a que la Resolución N° 27/2008 identificó dos mercados relevantes –telefonía móvil y de transmisión de datos o banda ancha móvil–, los consideró como uno solo al momento de analizar las condiciones de ingreso a los mismos. De este modo, se señaló que debían revisarse las condiciones de entrada a la provisión de los servicios avanzados de comunicaciones móviles o de 3G, es decir, transmisión de voz y de datos a alta velocidad. Lo anterior debido a que, producto del proceso de convergencia tecnológica, la oferta de servicios de telefonía móvil y de transmisión de datos móvil de alta velocidad *"pueden ser provistos por una misma red móvil de 3G, compartiendo insumos, infraestructura y tecnología"* (Parte Considerativa, Sección 7).

89. La principal barrera a la entrada considerada en la Resolución N° 27/2008 fue la disponibilidad de espectro radioeléctrico. En dicha resolución se señaló que "*El espectro es el insumo esencial que, al ser combinado con infraestructura (antenas, estaciones de radio y equipamiento), permite a los operadores móviles ofrecer servicios de comunicaciones móviles de tercera generación"* (Parte Considerativa, Sección 7). Sin embargo, la mencionada resolución indicó que no solamente era indispensable contar con espectro radioeléctrico para prestar estos servicios, sino que también la porción del mismo resultaba ser muy relevante en los costos de cada una de las empresas, ya que la capacidad de transmisión de la red depende del ancho de banda de espectro radioeléctrico

asignado al operador y de las inversiones en infraestructura y tecnología que éste realice. En consecuencia, los costos de inversión y de operación de los servicios de telefonía móvil y de transmisión de datos o banda ancha móvil están directamente relacionados con la banda de frecuencias que se utilice para proveer aquellos servicios.

90. Asimismo, de acuerdo con la Resolución N° 27/2008, las bandas de frecuencias más bajas presentan una mayor cobertura, mejor penetración y una menor pérdida de energía por propagación de señales que las bandas más altas, lo que implica que, para cubrir un área equivalente, el requerimiento de inversiones en celdas en bandas más bajas sea menor que en bandas más altas.

91. En definitiva, se consideró que "*el espectro radioeléctrico, además de constituir una barrera de entrada, incide en la estructura de costos de los operadores incumbentes y, con ello, en la intensidad de competencia en el mercado relevante*", por lo que se dispuso que un entrante que se adjudique una porción menor de espectro radioeléctrico que la de los operadores incumbentes "*deberá enfrentar mayores costos de inversión y de operación que éstos para un mismo nivel de cobertura y tráfico*" (Sección 7, Parte Considerativa de la Resolución N° 27/2008).

92. A su vez, en dicha resolución se consideraron dos elementos adicionales relevantes que incidían en la entrada al mercado antes definido: (i) la disponibilidad de terrenos para el emplazamiento de antenas y estaciones base; y (ii) la posibilidad de alcanzar un volumen tal de ventas –clientes– que le permita al entrante amortizar las inversiones (Sección 7, Parte Considerativa).

93. En cuanto a la disponibilidad de terrenos, se identificó la existencia de una dificultad creciente para instalar la infraestructura necesaria (antenas) para el despliegue de servicios en zonas densamente pobladas, debido a la escasez de terrenos o por los efectos urbanísticos y ambientales negativos que dichas antenas producían. Con todo, no se consideró que las antenas constituyeran una facilidad esencial porque, de lo contrario "*sería razonable obligar a sus titulares a compartir su uso, a cambio de un precio de mercado transparente y no discriminatorio, si hubiere factibilidad técnica para ello y fuere imposible*

para un potencial entrante realizar inversiones razonables para duplicar la infraestructura existente para dar cobertura en dichas zonas" (Sección 7, Parte Considerativa), agregando que el carácter de facilidad esencial debía fundase en estudios técnicos relativos a la infraestructura existente en ese entonces.

94. Respecto de la necesidad de tener una escala mínima eficiente, en la Resolución N° 27/2008 se da cuenta de que la presencia de costos de cambio en la industria de telecomunicaciones afectaba la posibilidad de las empresas que quisieran entrar al mercado. Específicamente, un entrante tenía dificultadas para lograr una masa crítica de clientes, especialmente en el mercado de servicios de telefonía móvil el cual, en ese entonces, presentaba una tasa de penetración superior al 80%. En este sentido, el Tribunal señaló que las prácticas de bloqueo de terminales, así como el establecimiento de períodos prolongados de contratos y de cobros por término de contratos afectaban en forma significativa las posibilidades que enfrentaba un consumidor para cambiar de proveedor, lo que, a su vez, mermaba las posibilidades que tenían nuevos operadores de "*entrar, expandir sus negocios y desafiar, en plazos razonables y de forma efectiva, la posición en el mercado de las empresas establecidas*" (Sección 7, Parte Considerativa, Resolución N° 27/2008). De ese modo, se concluyó que la portabilidad numérica "*reduciría los costos de cambio y facilitaría la competencia en este mercado, intensificando la competencia en el Concurso*" (Sección 7, Parte Considerativa. Resolución N° 27/2008), razón por la cual este Tribunal ordenó a la Subtel implementarla.

Actuales condiciones de competencia

95. Las condiciones de competencia desde la época de dictación de la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008 (la que como, se reitera, mantuvo los criterios analizados en la Resolución N° 27/2008 antes expuestos) han variado sustantivamente, tanto en términos del espectro asignado a los diversos servicios de telefonía móvil, como en cuanto a las nuevas tecnologías en uso, la estructura de los mercados relevantes y la penetración de la telefonía móvil en el país, según se pasa a exponer. Sin embargo, el rasgo distintivo de la telefonía móvil consistente en su ubicuidad no ha variado, razón por la cual no se incluye la telefonía fija en el presente análisis.

Mercados relevantes.
Desarrollo de la telefonía móvil y la transmisión de datos después de 2009.

96. Tal como plantea Subtel a fojas 2640, el mercado de la telefonía móvil en Chile se desarrolló progresivamente a partir de los fines de la década de los 90, por dos motivos principales: (i) el otorgamiento, en 1997, de tres nuevas concesiones en la banda de 1.900 MHz para la prestación del servicio de telefonía móvil digital; (ii) una serie de modificaciones regulatorias en dicho período, tales como la regulación de los cargos de acceso tanto en telefonía móvil como en telefonía fija, y la implementación del sistema *calling party pays*. Lo anterior trajo como consecuencia una reducción de las tarifas de telefonía móvil.

97. Adicionalmente, en los últimos diez años, la Subtel ha adjudicado nuevas bandas del espectro radioeléctrico para el uso de la telefonía móvil y la transmisión de datos. Todo ello, junto al surgimiento y desarrollo de la tecnología móvil, ha permitido que en dos décadas haya existido una importante evolución de generaciones tecnológicas según su forma de operar servicios y su desempeño técnico, lo cual se resume en la siguiente Tabla:

TABLA N° 7

EVOLUCIÓN DE LAS GENERACIONES TECNOLÓGICAS EN TÉRMINOS DE SERVICIOS Y DESEMPEÑO

Generación	Servicios Primarios	Diferenciador	Debilidad (corregida por generación siguiente)
1G	Llamadas telefónicas análogas	Movilidad	Pobre eficiencia espectral, grandes problemas de seguridad
2G	Llamadas telefónicas digitales	Adopción masiva y segura	Tasas de datos limitadas: dificultad para soportar la demanda, internet / correo electrónico
3G	Llamadas telefónicas, mensajería, datos	Mejor experiencia de internet	El rendimiento real no coincidió, falla de WAP* para el acceso a internet
3.5G	Llamadas telefónicas, mensajería, datos de banda ancha. Atado a legado, arquitectura y protocolos específicos para móviles	Internet de banda ancha, aplicaciones	Vinculado a arquitectura y protocolos para móviles del tipo legacy**
4G	Servicios todo-IP (incluyendo voz, mensajería)	Internet de banda ancha más rápido, menor latencia	--------

** WAP (Wireless Access Point): Protocolo de aplicaciones inalámbricas. Es un estándar abierto internacional para aplicaciones que utilizan las comunicaciones inalámbricas como, por ejemplo, acceso a servicios de Internet desde un teléfono móvil.*

*** Legacy: Protocolo WiFi del año 1997 el cual consta de una frecuencia de operación de 2.4 GHz, una velocidad promedio de 1 Megabyte por segundo y una velocidad máxima de 2 Megabytes por segundo.*

Fuente: Basado en presentación de Subtel, fojas 2640.

98. En lo relativo a la asignación de espectro radioeléctrico, con posterioridad a la dictación de la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008, en 2009, sólo las bandas de 800 y 1.900 MHz estaban asignadas al servicio de telefonía móvil con un total de 170 MHz de espectro para dicho servicio. Dicho año, además, se adjudicaron en total 90 MHz en las bandas de 1.700 y 2.100 MHz para servicios de datos con la tecnología AWS. Con ello, a enero de 2009, se habían asignado 260 MHz de espectro para servicios móviles.

99. Actualmente, tal como lo señala Subtel a fojas 2641, existe una cantidad considerablemente mayor de espectro destinado a servicios móviles, luego que esta adjudicara concesiones por un total de 210 MHz en las bandas de 900, 2.600

y 700 MHz en los años 2009, 2011 y 2013, respectivamente. Adicionalmente, en el año 2010 Subtel adjudicó a diversos operadores un total de 200 MHz de espectro radioeléctrico en la banda de 3.5 GHz, por la vía de modificar la norma técnica (Resolución Exenta N° 6.554 de Subtel de 26 de noviembre de 2010).

100. Todo ello llevó a que se pasara de 260 MHz destinados a los servicios de telefonía móvil y transmisión de datos móviles en 2009, a los 770 MHz de espectro radioeléctrico asignados actualmente. La siguiente Tabla muestra el detalle de las cifras expresadas anteriormente, por banda y adjudicatario:

TABLA N° 8

BANDAS CONCESIONADAS Y DESTINADAS A SERVICIOS MÓVILES

Banda (MHz)	Entel (MHz)	Claro (MHz)	Movistar (MHz)	VTR (MHz)	WOM (MHz)	Destinadas no asignadas	TOTAL
700	30	20	20			20	90
850		25	25				50
900	20						20
1.900	60	30	30				120
AWS				30	60	30	120
2.600	40	40	40				120
3.400 – 3.600	100	50	50*	50**		50	250
TOTAL	250	165	115	80	60	100	770

** Movistar cuenta con concesiones en las regiones X, XI y XII.*

*** Otorgada a VTR desde las regiones XV a IX.*

Fuente: Téngase presente Subtel, fojas 2672.

101. Por otra parte, tal como destaca la Subtel en su consulta, el desarrollo de la transmisión de datos desde 2009 y el gran alcance que ha adquirido el fenómeno de la convergencia tecnológica han establecido nuevas formas de comunicación, lo que ha hecho que la segmentación del mercado entre servicios de voz y de datos haya sido superada. Así fue reconocido en las Sentencias N° 153/2016, N° 154/2016 y N° 156/2017 de este Tribunal, en las que más que identificar un mercado de telefonía móvil y otro de trasmisión de datos, se distinguió entre un mercado mayorista y un mercado minorista en telecomunicaciones.

102. En el mercado mayorista, tal como se ha indicado en las sentencias antes descritas, participan como oferentes los operadores móviles con derechos de uso del espectro radioeléctrico y red o infraestructura de transmisión ("OMR"), los cuales transan servicios al por mayor y capacidades de transmisión a OMV u otros operadores a través de servicios de *roaming*.

103. En línea con lo anterior, la FNE, a fojas 1412, define dos categorías para el mercado mayorista: mercado mayorista de *roaming* doméstico y mercado mayorista de acceso a redes para OMV. Señala que, en el caso de la primera categoría, es posible el acceso directo de WOM y VTR a redes de Entel, Movistar y Claro en la banda de 700 MHz, en donde las primeras no tienen espectro, por la vía de negociar el acceso de *roaming*. La segunda categoría está conformada por los operadores que tienen red (Movistar, Entel y Claro) y que dan acceso a red a los OMV.

104. Por otro lado, los oferentes en el mercado minorista son los OMR y OMV que prestan servicios móviles de telecomunicaciones en general, es decir, servicios públicos de telefonía móvil y transmisión de datos móvil, incluyendo los servicios de Internet de las cosas ("IoT").

105. En cuanto al mercado relevante geográfico, tal como lo señalaron las Sentencias N° 153/2016, N° 154/2016 y N° 156/2017, tanto para el mercado mayorista como minorista, éste corresponde a todo el territorio nacional, ya que prácticamente la totalidad de las operadoras que ofrecen dichos servicios poseen concesiones de servicios móviles de cobertura nacional, según se desprende de la Tabla N° 1.

106. En cuanto a las participaciones de cada OMR en el mercado mayorista de telecomunicaciones, se pueden determinar a partir de lo expuesto por la FNE a fojas 1413, esto es, a partir del número de antenas con que cuenta cada operador, o bien, mediante la tenencia de espectro, tal como lo hace la Subtel a fojas 235. En opinión de este Tribunal, es preferible seguir el criterio de la FNE, dado que para ser oferente en el mercado mayorista no sólo se requiere tener espectro, sino que, además, es necesario tener capacidad operativa por medio de la instalación de antenas. Adicionalmente, resulta conveniente desagregar los da-

tos por tecnología para indicar cómo se han posicionado los OMR en cuanto a su portafolio tecnológico. Esta información se muestra en la Tabla N° 9, donde se observa que este mercado incluye dos actores con una mayor participación relativa (Entel y Movistar), seguidos por Claro y, luego, WOM.

TABLA N° 9
PARTICIPACIONES DE MERCADO SEGÚN NÚMERO DE ANTENAS POR TIPO DE TECNOLOGÍA A ENERO DE 2017

Tecnología	Claro	Entel	Movistar	WOM
2G	[20-40]%	[30-50]%	[20-40]%	0%
3G	[10-30]%	[20-40]%	[20-40]%	[0-20]%
4G	[10-30]%	[10-30]%	[20-40]%	[20-40]%
INDOOR	[0-20]%	[40-60]%	[10-30]%	[0-20]%
Total	[10-30]%	[20-40]%	[20-40]%	[0-20]%

Fuente: Aporta antecedentes FNE, fojas 1413.

107. En relación con el mercado minorista, tal como se mencionó en el párrafo 104, participan los OMR y los OMV. Según datos expuestos por la FNE (fojas 1416), a septiembre de 2018 los OMR poseían en conjunto más del 97% de participación de mercado para servicios de telefonía móvil, medido según el tráfico anual móvil de salida, en donde Movistar y Entel alcanzaron cada una un poco más de 30%, Claro un 25% y WOM el 11% (a diciembre del 2017). Algo similar ocurre en el servicio de transmisión de datos móviles, en el que los OMR suman un 98% de las conexiones en las tecnologías 3G y 4G, poseyendo Movistar, Entel, Claro y WOM participaciones de mercado de 27%, 33%, 21% y 18%, respectivamente. De esta forma, si se compara con la experiencia de otros países, los OMV en Chile muestran una baja penetración en el mercado minorista pues, cualquiera sea el servicio provisto, su participación conjunta no supera el 2,4% de la oferta (Aporte de Antecedentes FNE, fojas 1415). En efecto, de acuerdo con información proporcionada por Subtel a fojas 242, el año 2017 la participación de mercado de los OMVs en Chile era del orden de 1,4%, inferior a la que tienen dichos operadores en otros países como Suecia (4,3%), Japón (6,4%), Noruega (6,6%), Australia (10%), Francia (11,7%), Reino Unido (13%), Bélgica (18%) y Colombia (7,8%). De ello se desprende que, si bien la participación de los OMV en el mercado minorista de telecomunicaciones ha aumentado levemente desde 2017 (1,4% a 2,4%), todavía no alcanza un nivel de penetración relevante.

108. En cuanto a la evolución de las participaciones en el mercado minorista desde el año 2009, se observa que ellas fueron relativamente estables hasta 2014. En dicho período, Movistar y Entel pasaron de tener cerca de un 42-40% de participación de mercado, a un 38-36%, y Claro aumentó su participación del 20% al 23%. Desde 2014, se observa un crecimiento exponencial de la participación de mercado de WOM, que va desde poco más de un 1% dicho año a un 16% en junio de 2019, lo que estableció un nuevo orden en las participaciones de mercado. Dicha evolución y los HHI por año se muestran en la siguiente Tabla:

TABLA N° 10

PARTICIPACIONES DE MERCADO TELEFONÍA MÓVIL -DICIEMBRE 2009 HASTA JUNIO 2019- POR NÚMERO DE ABONADOS

Año	Claro (%)	ENTEL (%)	Movistar (%)	WOM (%)	Virgin (%)	VTR (%)	Otros (%)	HHI
2009	19,61	38,29	42,02	0,08	0,00	0,00	0,00	3616
2010	22,49	36,42	40,95	0,14	0,00	0,00	0,00	3509
2011	23,14	37,44	39,24	0,17	0,00	0,00	0,01	3477
2012	24,24	36,68	37,82	0,47	0,43	0,33	0,04	3364
2013	21,78	37,50	38,49	0,96	0,70	0,30	0,27	3364
2014	22,72	35,62	38,31	1,43	0,97	0,45	0,51	3256
2015	23,20	34,95	36,60	2,89	1,29	0,57	0,50	3110
2016	25,50	32,89	32,17	6,69	1,51	0,70	0,54	2815
2017	24,82	31,77	30,14	10,91	1,02	0,92	0,41	2655
2018	24,00	31,08	28,09	14,86	0,86	0,99	0,11	2554
2019*	23,40	30,78	27,45	16,41	0,82	1,04	0,10	2519

** Participaciones de mercado contemplan hasta el mes de junio del año 2019.*

*** Las participaciones de mercado para Datos 3G y 4G muestran prácticamente los mismos resultados que para Voz, con un índice de correlación de Pearson que alcanza a 96,4%*

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Series Estadísticas Subtel: [https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonia/]. Visita: 23 de octubre de 2019.

TABLA N° 11

PARTICIPACIONES DE MERCADO CONEXIONES CON TECNOLOGÍA 3G+4G -DICIEMBRE 2009 HASTA JUNIO 2019- TOTAL CONEXIONES MÓVILES*

Conexiones con Tecnología 3G+4G										
Año	**Mes**	**Movistar (%)**	**Claro (%)**	**Entel (%)**	**VTR Móvil (%)**	**Virgin (%)**	**WOM (%)**	**Otras (%)**	**Total de Conexiones 3G+4G (%)**	**HHI**
2009	**Dic**	41,14	20,46	38,40	0,00	0,00	0,00	0,00	100	3.586
2010	**Dic**	38,09	19,08	42,83	0,00	0,00	0,00	0,00	100	3.649
2011	**Dic**	40,15	21,98	37,86	0,00	0,00	0,00	0,00	100	3.529
2012	**Dic**	38,23	20,27	37,24	1,28	0,81	2,17	0,00	100	3.266
2013	**Dic**	42,75	18,93	33,41	0,75	1,19	2,02	0,94	100	3.309
2014	**Dic**	37,87	23,47	33,92	0,96	1,27	1,71	0,80	100	3.141
2015	**Dic**	30,33	28,12	32,85	1,12	1,60	5,09	0,89	100	2.820
2016	**Dic**	29,92	24,12	31,47	1,15	1,38	11,02	0,95	100	2.592
2017	**Dic**	28,56	21,34	32,27	1,24	0,96	14,84	0,79	100	2.535
2018	**Dic**	23,74	21,20	32,81	1,33	0,96	19,43	0,52	100	2.470
2019**	**Jun**	22,65	21,80	32,16	1,41	0,96	20,87	0,00	100	2.461

** Las conexiones móviles corresponden al número de usuarios distintos que se han conectado a internet en forma dedicada en las redes móviles celulares dentro del período que se informa. Se contabiliza para cada cliente y/o usuario sólo una conexión, independiente del número de veces que se conecte a Internet dentro del período a informar (mes).*

*** Participaciones de mercado contemplan hasta el mes de junio del año 2019.*

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Series Estadísticas Subtel. [https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonia/]. Visita: 23 de octubre de 2019.

109. De la Tabla N° 10, es posible concluir que los índices de concentración en telefonía móvil han disminuido de forma progresiva, pasando desde un HHI de 3.616 puntos en 2009 a 2.519 puntos en 2019. Una tendencia similar se observa respecto del servicio de transmisión de datos en la Tabla N° 11, donde el HHI varía desde 3.586 puntos en 2009 a 2.461 puntos hasta junio del año 2019. Todo ello permite inferir que el mercado minorista de telecomunicaciones ha pasado de ser uno altamente concentrado en 2009 (sobre 2.500 puntos) a estar en el límite de ser moderadamente concentrado en 2018 (hasta 2.500 puntos), de acuerdo con los criterios de concentración establecidos en la Guía de Concentraciones

Horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (*Horizontal Merger Guidelines. US Department of Justice and The Federal Trade Commission. 2010).*

110. Lo anterior da cuenta del cambio en la estructura del mercado minorista, en el que se pasó de tener tres a cuatro oferentes. Este nuevo oferente (WOM) posee redes y activamente contrata servicios de *roaming* con otros OMR. Al respecto, la Subtel ha señalado que la entrada y expansión de WOM "*ha demostrado, además, que el mercado mayorista resiste perfectamente la participación de cuatro operadores de red creíbles; entendiendo que la credibilidad de un operador está definida por su capacidad de proporcionar capacidad de red, cobertura y velocidades de datos suficientes"* (fojas 2645).

111. Finalmente, la FNE, a fojas 1417, señala que existe un mercado de servicios de telecomunicaciones fijos inalámbricos dentro del mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles. Según este aportante, el mencionado mercado comprendería la provisión de diferentes servicios (telefonía, Internet, televisión de pago, etc.), los que representarían menos del 1% del total de conexiones fijas (fojas 1417). Sin embargo, esta categoría del mercado minorista no será considerada para efectos de fijar los límites al espectro, en atención a que este Tribunal, al definir el mercado relevante respecto del cual, posteriormente, se impusieron los *caps* que son objeto de revisión en esta consulta, consideró como esencial la movilidad y ubicuidad de los servicios telefónicos, condiciones que no comparten los servicios de telecomunicaciones fijos inalámbricos (Resolución N° 27/2008, sección 6.2.; y Sentencia N° 158/2017, c.40°). En la misma línea, el informe acompañado por WOM, que rola a fojas 2008, indica que el efecto de la convergencia tecnológica no amplió el tipo de redes que compiten en las telecomunicaciones móviles, lo que justificaría el hecho que los servicios fijos inalámbricos no se consideren en el mercado relevante de autos.

112. En otro orden de ideas, y con el fin de examinar si se han presentado variaciones relevantes en este mercado a lo largo del tiempo, es importante destacar la evolución del mercado minorista de telecomunicaciones a nivel de abonados y por tipo de servicio demandado. El siguiente gráfico muestra la evolución del número total de abonados del servicio de telefonía móvil desde diciembre de

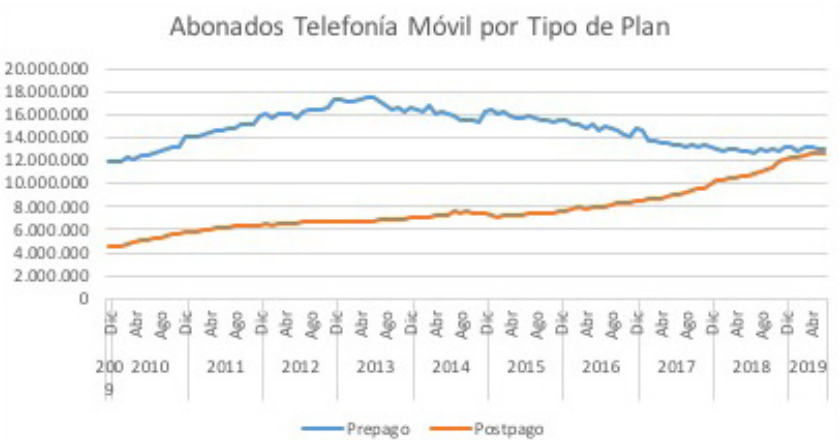
2009 a junio de 2019, en el que se observa una creciente penetración del servicio desde el año 2009 hasta el año 2013, aumentando en un 44% en dicho período. El total de abonados posteriormente mantiene cierta estabilidad en torno a los 25 millones, lo que representa una penetración de 1,4 abonados por habitante.

GRÁFICO N° 1
NÚMERO TOTAL DE ABONADOS DE TELEFONÍA MÓVIL – DICIEMBRE 2009 A JUNIO 2019
(MILLONES DE ABONADOS)

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Series Estadísticas Subtel. [https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonia/]. Visita: 23 de octubre de 2019.

113. Los abonados contratan dos tipos de planes: de prepago y de postpago. Sobre este tema, Subtel describe una fuerte transformación en el mercado, señalando que a diciembre de 2008 los planes de prepago representaban el 73% del total de servicios móviles, pero que a diciembre de 2018 las preferencias se encontraban prácticamente equiparadas, ya que sólo un 52% de abonados era cliente de prepago mientras que un 48% era cliente de postpago (fojas 2646). En cuanto a las razones para este cambio en el patrón de consumo, la Consultante plantea que ello se originó por la fuerte baja en los precios de los planes de postpago, lo que también es señalado por el informe ofrecido por WOM y que consta a fojas 1816. El siguiente gráfico muestra la evolución en el número de abonados desde 2009, a nivel desagregado por tipo de plan:

GRÁFICO N° 2
NÚMERO DE ABONADOS TELEFONÍA MÓVIL POR TIPO DE PLAN (PREPAGO Y POSTPAGO) – DICIEMBRE DE 2009 HASTA JUNIO 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de información de Series Estadísticas Subtel. [https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonia/]. Visita: 23 de octubre de 2019.

114. Este cambio en la importancia de los planes de postpago produjo un aumento en el uso de los servicios de telecomunicaciones, ya sea medido por voz (miles de minutos usados) o por datos (Terabytes utilizados). Los siguientes dos gráficos muestran esta evolución:

GRÁFICO N° 3
MILES DE MINUTOS TOTALES CONSUMIDOS POR TIPO DE PLAN (PREPAGO Y POSTPAGO) ENERO 2010 HASTA JUNIO 2019

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Series Estadísticas Subtel. [https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonia/]. Visita: 23 de octubre de 2019.

GRÁFICO N° 4
CANTIDAD DE TERABYTES UTILIZADOS POR TIPO DE PLAN (PREPAGO Y POSTPAGO) – JUNIO 2017 A JUNIO 2019

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Series Estadísticas de Subtel. [https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/internet/]. Visita: 23 de octubre de 2019.

115. El aumento en el número de abonados y el cambio en su patrón de consumo hacia los planes de postpago, ha tenido como consecuencia que tanto el tráfico de voz como el de datos de estos últimos superen largamente al tráfico de voz y datos de los abonados de prepago. Ello produce un aumento, a tasa creciente, en la demanda de uso de espectro debido a los requerimientos de ancho de banda necesarios para proveer los servicios demandados por los abonados de telefonía móvil. Esto ha llevado a que, entre 2009 y 2018, el tráfico de salida de telefonía móvil aumentara en un 102%. A esto se agrega el crecimiento de las conexiones inalámbricas a Internet en las tecnologías de 3G y 4G, las que han pasado de no existir en 2009 a ser 18 millones en 2018; mientras que las conexiones a Internet por la red fija han pasado de poco menos de dos millones en 2009 a menos de cuatro millones en 2018. Con ello, tal como lo han planteado diversos aportantes de antecedentes en este proceso (Subtel a fojas 2649; Claro por medio del informe "*Spectrum Caps* en Chile", cuya versión pública consta a fojas 2247; Movistar a fojas 1615; y Entel a fojas 2036), los requerimientos de ancho de banda para proveer los servicios demandados son sostenidamente crecientes.

Nuevas condiciones de entrada

116. En la última década se han implementado modificaciones significativas en la regulación de la industria de telecomunicaciones móviles en Chile las que, en su mayoría, han facilitado la entrada a los mercados antes señalados, especialmente al mercado minorista de telecomunicaciones, tal como afirma la Subtel en su consulta (a fojas 228).

117. Una de estas modificaciones dice relación con la normativa que permite la colocalización de antenas y que regula la instalación de torres para el soporte de antenas. Sin embargo, la Ley N° 20.599 del año 2012, cuyo fin fue corregir problemas generados por las antenas en materias urbanísticas, ambientales y sanitarias, tuvo como efecto elevar los costos de ingreso y expansión para los OMR. En efecto, tal como señala Subtel en la consulta, al incluir nuevas obligaciones en estas materias, la regulación afecta el tiempo y el costo de despliegue de nuevas redes y de expansión de las redes existentes. Así, la ley antes mencionada *"pesa con mayor incidencia sobre los entrantes y de los operadores nuevos en proceso de expansión dentro del segmento minorista y no tanto respecto de las redes históricas con capacidad remanente para la instalación de nuevos transmisores"* (fojas 229).

118. Otros cambios regulatorios, sin embargo, han reducido las barreras a la entrada, tanto en el mercado mayorista como en el minorista. En este sentido, la Subtel afirma que mediante la Ley N° 20.478 del año 2010 y en particular por el Decreto Supremo N° 99/2012 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, por medio de la cual, se introdujo la figura de concesionarios de servicios intermedios con objeto exclusivo consistente en la provisión de infraestructura para telecomunicaciones, se amplió la oferta de la infraestructura móvil. En efecto, dicho decreto supremo tuvo como principal objetivo facilitar a los nuevos entrantes al mercado minorista su acceso a las infraestructuras necesarias para desplegar sus operaciones y servicios *"para efectos de que exista más competencia en esa industria en particular"* (Considerando segundo del Decreto Supremo N° 99/2012). De esta forma, la Subtel indica que el mencionado decreto facilitó el acceso real y no discriminatorio a la infraestructura existente, incorporando un mayor nivel de transparencia a las condiciones técnico-eco-

nómicas de acceso (a fojas 229). A su vez, agrega que, hasta la fecha de presentación de la consulta, son siete las empresas operadoras de infraestructura las que aportan un total de 2.320 nuevas torres.

119. Un tercer cambio regulatorio destacado por la Subtel, es la implementación de la portabilidad numérica a diferentes niveles, aprobada por la Ley N° 20.471 del año 2010 y sus regulaciones complementarias (Decreto Supremo N° 379/2010 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y Resolución Exenta Subtel N° 5.400/ 2011). De acuerdo con esta Subsecretaría, a partir de las cifras expuestas a fojas 232 de su presentación, se puede observar que para el año 2012 existía un número cercano a las 750 mil líneas de móviles portadas y, posteriormente, para el año 2017 existía un número cercano a las 4 millones 400 mil líneas móviles portadas, lo que a su juicio mostraría *"un particular éxito en la remoción de uno de los principales costos de cambio para los usuarios del mercado de telefonía móvil asociado a la recordación por terceros de su número original o registro en sus dispositivos, uso comercial del número, etc."* (fojas 232). Junto con lo anterior, Subtel destaca la normativa en aplicación para eliminar la práctica de bloqueo de terminales y de los costos cobrados al usuario de forma directa o indirecta por la terminación de contratos de suministro (Resolución Exenta Subtel N° 5.400/2011), todo lo cual, en su opinión, daría cuenta de un proceso de supresión de los principales costos de cambio en el mercado minorista.

120. Un cuarto cambio regulatorio fue la obligación de no discriminar entre las tarifas *on-net* y *off-net*, establecida en la Instrucción de Carácter General N° 2 de este Tribunal, modificada por la Instrucción General N° 4, así como la implementación de una nueva política de cargos de acceso.

121. En cuanto a la no discriminación entre las tarifas *on-net* y *off-net*, la citada instrucción de carácter general, en lo relevante a este análisis, estableció que el precio por minuto de llamadas a teléfonos móviles de otras compañías ("llamadas *off-net*") no podía ser superior a la suma del precio por minuto de llamadas a teléfonos móviles de la misma compañía ("llamadas *on-net*") del mismo plan y el cargo de acceso aplicable, según la fórmula que se indicó en dicha instrucción. Esta instrucción rigió hasta la entrada en vigencia del siguiente decreto de fijación tarifaria de los servicios señalados en el artículo 25 inciso final de la LGT (año 2014). A partir

de esa fecha, los planes de prepago y post pago que comercializaran las empresas de servicios de telefonía móvil no podían contener diferenciación de tarifas o de minutos incluidos en un plan, fundada en la red de destino de la llamada.

122. A esto se agrega que, a partir de 2013, Subtel realizó una serie de innovaciones en los procesos tarifarios móviles, en los que las bases técnico económicas establecieron como empresa modelo una firma convergente multiservicio y el cálculo de la tarifa de acceso a su nivel eficiente (fojas 233). Tal modificación tuvo como consecuencia una baja considerable en los cargos de acceso. Este cambio regulatorio permitió el cumplimiento de lo dispuesto en la Instrucción de Carácter General N° 2/2012, y su posterior modificación por la Instrucción de Carácter General N° 4/2015, en cuanto a impedir la comercialización de nuevos planes móviles con tarifas diferenciadas *on-net/off-net*. Según señala Subtel a fojas 233, ello habría contribuido a la disminución de los costos de cambio y habría propiciado la selección de la mejor oferta por parte de los consumidores dentro de un mercado en el cual se compite por méritos de calidad y precio. El gráfico N° 5 muestra el efecto de los cambios regulatorios introducidos en el tráfico *off-net vis-a-vis on-net*. Así, es posible observar un aumento del tráfico *off-net* respecto del tráfico *on-net* a partir del segundo semestre del 2016.

GRÁFICO N° 5
TRÁFICO DE SALIDA ENTRE MÓVILES POR COMPAÑÍA 2010-2019 POR DESTINO (ON-NET Y OFF-NET) EN MILES DE MINUTOS DE SALIDA – ENERO 2010 A JUNIO 2019

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Series Estadísticas de Subtel. [https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonia/]. Visita: 23 de octubre de 2019

123. En conclusión, las condiciones de competencia en esta industria son muy diferentes a aquellas consideradas hace una década en la Resolución N° 27/2008 y en la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008, no sólo por razones tecnológicas o de mayor espectro disponible para otorgar servicios de telefonía móvil en voz y datos, sino especialmente debido a la reestructuración del mercado minorista con un nuevo operador relevante y a las modificaciones en el marco regulatorio señaladas en los párrafos anteriores. La entrada de un cuarto operador con redes ha significado una modificación en la oferta existente en el mercado minorista, tanto en telefonía móvil como en transmisión de datos, lo que ha derivado en una menor concentración. Asimismo, el aumento en el número de abonados y la adopción de las tecnologías 3G y 4G, han permitido la expansión de este mercado tanto en tráfico de voz como de datos, el que se ha casi triplicado entre 2009 y 2018.

124. Ahora bien, no obstante que las condiciones de competencia de los mercados antes analizados han mejorado, fundamentalmente, debido a los avances tecnológicos y cambios regulatorios que ha experimentado esta industria, las razones que motivaron la fijación del límite máximo de tenencia en el uso de espectro siguen vigentes. En efecto, según se ha señalado, el espectro radioeléctrico es escaso y la cantidad que posee cada operador es relevante porque influye en sus costos para proveer los distintos servicios móviles. Adicionalmente, la inminente adopción e implementación de la tecnología 5G amerita una revisión de estos límites. Para ello debe adoptarse una mirada integral tanto sobre la distribución del espectro radioeléctrico, de acuerdo con la naturaleza de las bandas existentes, como sobre los tipos de *caps* o límites máximos que pueden imponerse, para lo cual se tendrán en consideración el tipo de bandas y la experiencia comparada. En las secciones que siguen se analizarán dichos elementos en forma previa a la delimitación de los nuevos *caps*.

D. Distribución del espectro radioeléctrico de acuerdo con la naturaleza de las bandas existentes

125. Una vez analizado cómo han evolucionado las condiciones de competencia y definida la necesidad de revisar el límite máximo de 60 MHz, en lo que sigue se describirán las principales características de las bandas que conforman el

espectro radioeléctrico. Como se anticipó, esta explicación es relevante para los efectos de la resolución de esta consulta, atendidas las diversas propiedades que tienen las bandas y que podrían justificar la adopción de diferentes *caps* para cada una de ellas.

126. Para estos efectos, en forma previa, se debe tener presente que a nivel mundial existen diversos organismos que propician la armonización del espectro y la estandarización de las tecnologías. Entre los más importantes es posible destacar: (i) la Unión Internacional de Telecomunicaciones ("UIT" o "ITU", en inglés), dependiente de la Organización de Naciones Unidas, y en específico su sector de Radiocomunicacones ("UIT-R"), cuya misión es coordinar el conjunto de servicios de radiocomunicaciones prestados a nivel internacional, además de gestionar el espectro de frecuencias radioeléctricas y las órbitas de los satélites; y (ii) el *3rd Generation Partnership Project* ("3GPP"), que es un proyecto de colaboración entre distintas organizaciones de telecomunicaciones, cuyo objetivo es producir especificaciones técnicas e informes basados en contribuciones que permitan armonizar y estandarizar los sistemas móviles de radiocomunicaciones, además de su mantenimiento y desarrollo. A pesar de que los reglamentos y las normas dictados por estos organismos no son vinculantes para los distintos países, quienes pueden administrar el espectro radioeléctrico con total autonomía dentro de sus territorios, a continuación, se utilizarán algunos conceptos técnicos adoptados por estos, en atención a que ellos son utilizados por Subtel en su Plan General de Uso de Espectro Radioeléctrico (Decreto N° 127/2006 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones).

127. De acuerdo con la UIT, el espectro radioeléctrico es un recurso limitado y heterogéneo conformado por diversas frecuencias electromagnéticas que pueden propagarse sin soporte físico, siendo esenciales para el desarrollo de las telecomunicaciones[2]. Dichas frecuencias electromagnéticas pueden ser agrupadas en bandas según diversas propiedades físicas, bandas que pueden ser aptas para prestar determinados tipos de servicios de telecomunicaciones de acuerdo con la tecnología disponible.

[2] Cfr. ITU (2016). *Terminología y características técnicas*. En Reglamento de Radiocomunicaciones (pp. 7-25). Recuperado de: http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/1.43.48.es.301.pdf [última visita: 3 de octubre de 2019].

128. Las bandas de frecuencias difieren entre sí en razón de sus propiedades físicas de (i) cobertura o propagación de la onda, (ii) capacidad, y (iii) latencia. Las bandas de más alta frecuencia tienen menor cobertura y latencia, en comparación con las de más baja frecuencia, pero, a su vez, tienen mayor capacidad. Por su parte, las bandas de más baja frecuencia penetran mejor en los interiores de edificios y requieren de una menor cantidad de estaciones base que las bandas más altas para dar cobertura a una misma área geográfica, reduciendo de esta manera los costos de un operador móvil. En contraste, las bandas de más alta frecuencia resultan muy útiles en áreas densamente pobladas, por su mayor capacidad o ancho de banda que incide también en el número de estaciones base requeridas para la provisión del servicio en un área determinada[3].

129. Asimismo, la ITU, a través del Convenio Internacional de Telecomunicaciones (Torremolinos, 1973) y en el Reglamento de Radiocomunicaciones (2016), propicia la estandarización y el uso eficiente de distintas bandas de frecuencias electromagnéticas para el desarrollo de nuevos servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con el desarrollo tecnológico disponible. Para efectos de agrupar las bandas de frecuencias, la ITU ha dividido el mundo en las siguientes regiones: (i) Región 1: África, Europa y parte de Oriente Medio; (ii) Región 2: América y algunas islas del Pacífico; y (iii) Región 3: resto de Asia y Oceanía. Sin perjuicio de lo expuesto, los gobiernos tienen la facultad de administrar y gestionar el uso que se hace de las distintas frecuencias del espectro, teniendo en consideración el Cuadro de Atribuciones de Frecuencia de la ITU[4].

130. Por otra parte, el Reglamento de Radiocomunicaciones de la ITU distingue los procesos de atribución, adjudicación y asignación de dichas frecuencias[5]. La atribución o estandarización se refiere a la designación de una banda de frecuencias para el uso de uno o más servicios de telecomunicaciones, terrestres o espaciales. La adjudicación, en tanto, consiste en la destinación de una banda de frecuencias específica para un uso no determinado en una zona o área geográfica bajo requerimientos técnicos específicos. Por último, la asignación se

[3] Cfr. Butelmann Consultores (2019). Límites a la tenencia de espectro radioeléctrico (pp. 32-33), informe acompañado por WOM que rola a fojas 2008.
[4] Cfr. ITU (2018). *Report ITU-R SM.2093-3: Guidance on the regulatory framework for national spectrum management*. Recuperado de: https://www.itu.int/dms_pub/itu-r/opb/rep/R-REP-SM.2093-3-2019-PDF-E.pdf [última visita: 3 de octubre de 2019].
[5] Cfr. ITU (2016), p. 8.

refiere a la autorización concedida por la administración de un Estado determinado a un operador móvil para que explote el espectro, conforme a la atribución y adjudicación previamente definidas.

131. Precisamente, en relación con los procesos de atribución, adjudicación y asignación antes mencionados, la Subtel ha planteado la necesidad de desarrollar una política nacional de espectro radioeléctrico que permita asegurar su uso efectivo, eficiente y competitivo de modo permanente. Así, indica que los objetivos de esta política serían "*avanzar hacían una asignación suficiente, equitativa, homogénea y pro-competitiva de los derechos de uso del espectro radioeléctrico, recoger en la gestión del espectro radioeléctrico el fenómeno de convergencia tecnológica (…) propender al uso más eficiente posible de las infraestructuras de red (…) y disponer los mecanismos regulatorios necesarios para que el uso del espectro se oriente al estrechamiento de la brecha digital en el acceso a servicios por motivos socioeconómicos, geográficos, etarios, relativos a diferentes capacidad físicas, entre otros"* (fojas 214).

132. Conforme avanza la tecnología, la ITU ha identificado distintas bandas de frecuencias que resultan aptas para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, pero para que ellas pueden ser efectivamente utilizadas en algunas de las tres regiones señaladas en el párrafo 129, no deben interferir con otros servicios de radiocomunicaciones[6].

133. En Chile, tal como se muestra en la siguiente Tabla N° 12, solo algunas de las bandas de frecuencias estandarizadas y atribuidas a la provisión de servicios de comunicaciones móviles son efectivamente utilizadas. Con todo, el hecho que algunas de ellas no hayan sido asignadas para la provisión de servicios móviles en Chile no implica que las mismas estén disponibles, por cuanto la Subtel ha determinado que sean utilizadas para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones, como, por ejemplo, para servicio fijo por satélite (Resolución Exenta Nº 561/2003 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones).

[6] Cfr. Butelmann Consultores (2019), p. 28.

TABLA N° 12

BANDAS ATRIBUIDAS A LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES MÓVILES

Nº ITU	Banda	Uplink (UL)	Downlink (DL)	Ancho de Banda	Norma	Tipo de servicio [Disponibilidad para servicios móviles]
31	450 MHz	450-470		20 MHz		[20 MHz]
n71	600 MHz	663-698	617-652	70 MHz		Reserva TV Digital
n28	700 MHz	703-748	758-803	90 MHz	Res. Exenta 265/2013	70 MHz asignados al servicio público de transmisión de datos [20 MHz Reserva Emergencia]
27	800 MHz	814-819	859-864	10 MHz		Radiocomunicaciones especializado
n5	850 MHz	824-849	869-894	50 MHz	Res. Exenta 354/1988 y 4477/2010	Servicios Públicos de Telefonía Móvil y de Telefonía Local Inalámbrica
8	900 MHz	902,1-912,1	947,1-957,1	20 MHz	Res. Exenta 4902/2009	Servicio intermedio inalámbrico fijo y móvil
4	AWS	1.710-1.755	2.110-2.155	90 MHz	Res. Exenta 1144/2000 y 4477/2010	Servicios Públicos de Telefonía Móvil y de Telefonía Local Inalámbrica
10	AWS 2	1.755-1.770	2.155-2.170	30 MHz		[30 MHz]
66	AWS 3	1.770-1.780	2.170-2.180	20 MHz		[20 MHz]
n2	1.9 GHz	1.850-1.910	1.930-1.990	120 MHz	Res. Exenta 1107/95, 308/2010 y 4477/2010	Servicios Públicos de Telefonía Móvil y de Telefonía Local Inalámbrica
n7	2.6 GHz	2.500-2.570	2.620-2.690	140 MHz	Res. Exenta 479/2005	120 MHz asignados al servicio público de transmisión de datos y 20 MHz de guarda
n38	2.6 GHz	2.570-2.620		50 MHz		Servicio público de transmisión de datos con múltiples asignaciones; 2 MHz de guarda [48 MHz]
n78	3.5 GHz	3.300-3.800		500 MHz		3700-3800 es parte de la banda 3700-4200 asignada a servicios fijos por satélite; 200 MHz asignados al servicio fijo inalámbrico [400 MHz]
n257	28 GHz	26.500-29.500		3.000 MHz		Servicio público o intermedio: múltiples asignaciones en banda 28600-29100 para servicios limitados [3.000 MHz]
n258	26 GHz	24.250-27.500		3.250 MHz		Servicio público fijo por satélite e investigación espacial [3.250 MHz]
n260	39 GHz	37.000-40.000		3.000 MHz		Servicio público fijo, fijo por satélite, investigación espacial y móvil [3.000 MHz]
n261	28 GHz	27.500-28.350		850 MHz		Servicio intermedio transmisión punto multipunto [850 MHz]

Nota: En gris aquellas bandas de frecuencias estandarizadas por el 3GPP para la provisión de servicios móviles, pero que en Chile no han sido atribuidas o asignadas para los mismos. Cuando al número de banda lo antecede una "n", dicha banda se encuentra estandarizada para la provisión de servicios móviles 5G. La banda N° 8 indicada se encuentra estandarizada para la provisión de servicios móviles 5G bajo el número "n8" o banda 900 MHz "Extended GSM" (UL: 880-915; DL: 925-960), no obstante, en dicha banda existen múltiples asignaciones para servicios limitados. Las bandas N° 4, 10 y 66 también se encuentran estandarizadas para la provisión de servicios móviles 5G bajo el número "n66" o banda 1.700 MHz "Extended AWS" (UL: 1.710-1.780; DL: 2.110-2.200).

Fuente: Elaboración propia, basado en (i) informe acompañado por WOM "Límites a la tenencia de espectro radioeléctrico", a fojas 2008 (pp. 29-30); (ii) Anexo I del aporte de antecedentes de la FNE, a fojas 1376; y (iii) bandas de frecuencias NR de la versión 15 del 3GPP (3GPP TR 21.915 Release 15), recuperado de: https://www.etsi.org/deliver/etsi_tr/121900_121999/121915/15.00.00_60/tr_121915v150000p.pdf [última visita: 18 de noviembre de 2019].

134. Asimismo, el espectro se puede dividir en conjuntos de bandas de frecuencias, vale decir, macrobandas. En estos autos, se plantearon diversas formas de clasificación del espectro en macrobandas, las que, en general, no varían sustantivamente de las realizadas por Subtel y la FNE. Estas se explican a continuación.

135. Por una parte, Subtel, a fojas 248, consideró como elemento relevante las propiedades físicas de éstas, sosteniendo que, para efectos de imponer los *caps,* éstas deberían agruparse en las siguientes macrobandas: (i) bandas bajas: inferiores a 1 GHz; (ii) bandas medias bajas: entre 1 y 3 GHz; (iii) bandas medias altas: entre 3 y 6 GHz; y, (iv) bandas altas: superiores a 6 GHz. Por otra parte, la FNE, a fojas 1421, las agrupa considerando la clasificación utilizada a nivel internacional para dividir el espectro con vocación para brindar servicios inalámbricos fijos o móviles, las cuales son: (i) bandas bajas: inferiores a 1 GHz; (ii) bandas medias: entre 1 y 6 GHz; y (iii) bandas altas: superiores a 6 GHz.

136. En cuanto a la experiencia comparada, el reporte final del Comité Asesor para el Manejo de Espectro de EE.UU. (en adelante "CAME")[7], agrupa las diversas bandas de frecuencias en cinco macrobandas: (i) bajas: entre 400 MHz y 1 GHz; (ii) medias bajas: entre 1 y 3 GHz; (iii) medias: entre 3 y 6 GHz; (iv) medias altas: entre 6 y 20 GHz; y (v) altas: más de 20 GHz.

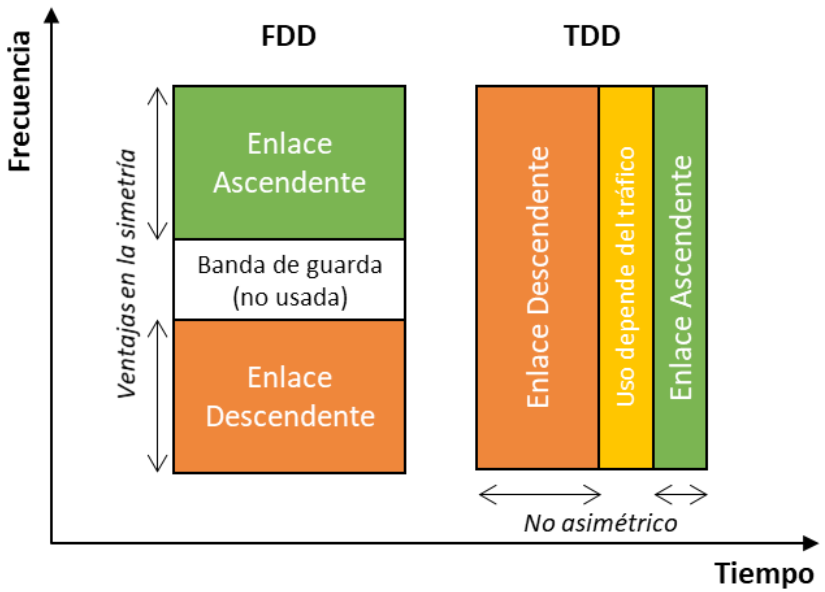
137. En este orden de ideas, también se debe tener presente lo que señala el 3GPP. En su lanzamiento o versión 15 (*release* 15) de 2017, este organismo ha entregado la especificación de las bandas de frecuencias denominadas *new radio* ("NR") para 5G, las cuales ha agrupado en dos rangos de frecuencias: (i) FR1, para aquellas frecuencias comprendidas entre los 450 MHz y los 6 GHz, dado que la tecnología 5G será compatible con la tecnología LTE; y (ii) FR2 para las frecuencias comprendidas entre los 24,25 GHz y los 52,6 GHz, sobre las cuales se desarrollará la tecnología 5G. A su vez, identificó el modo de explotación de las bandas NR, clasificándolas en tres categorías según sistema: (i) bandas dúplex de división de frecuencias o FDD en las bandas bajas, donde la estación es capaz de transmitir y recibir señales al mismo tiempo –como en una llamada tele-

[7] Informe encargado por la *National Telecommunications and Information Administration* de Estados Unidos al Comité Asesor para el Manejo de Espectro: *Identifying key characteristics of bands for commercial deployments and applications subcommittee* (November, 2017). Recuperado de: https://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/key_characteristics_sub-committee_final_report_nov_17_2017.pdf [última visita: 17 de octubre de 2019].

fónica–; (ii) bandas dúplex por división de tiempo o TDD en las bandas medias y altas, que separa las señales emitidas y recibidas en intervalos de tiempo; y (iii) bandas suplementarias de enlace descendente (SDL) y ascendente (SUL). Las diferencias en el modo de explotación FDD y TDD, relevantes para 5G según se desarrolla *infra* 151, se pueden apreciar en la siguiente Figura:

FIGURA N° 1

MODO DE EXPLOTACIÓN DE UNA BANDA DE FRECUENCIAS



Fuente: Goosen, M. (2006). Spescom Telecommunications. TDD vs FDD. Recuperado de https://www.ee.co.za/wp-content/uploads/legacy/33-34.pdf [última visita: 25 de noviembre de 2019]

138. Analizadas todas las agrupaciones y consideraciones antes expuestas, a juicio de este Tribunal, la clasificación de bandas realizada por la CAME resulta ser la más adecuada, en atención al dinamismo de la industria de telecomunicaciones. Lo anterior por cuanto considera y vincula las diferentes características físicas y de sustitución para cada banda de frecuencias, y es coherente con la armonización internacional dispuesta por la UIT. En particular, respecto de las bandas bajas, medias bajas y medias, esta distribución cumple varios objetivos: (i) por una parte, releva la importancia de las frecuencias por debajo de 1 GHz para servicios móviles terrestres que requieren de mayor cobertura; (ii) por otra, busca un equilibrio entre la propagación y capacidad de las asignaciones en el

rango 1 a 3 GHz que serán compatibles con la primera fase del 5G; y (iii) por último, señala que la banda 3,5 GHz es la prioritaria para los nuevos servicios 5G.

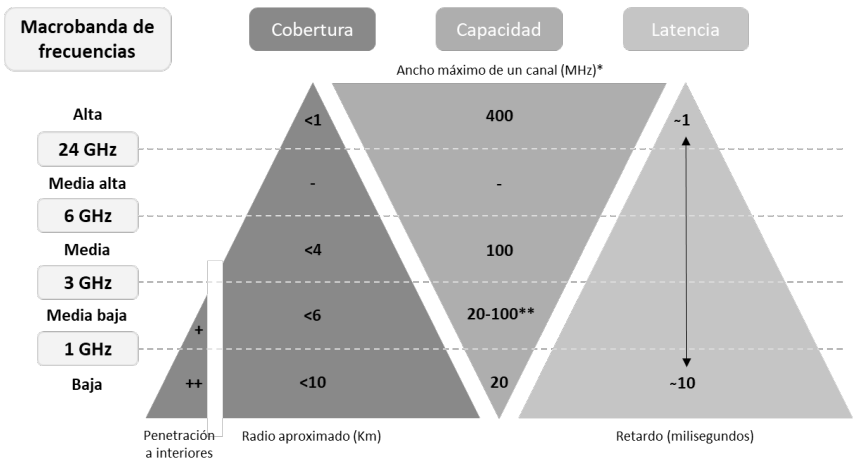
139. Sin perjuicio de lo anterior, existe una ausencia de atribuciones y asignaciones para servicios móviles entre las bandas de 6 y 24 GHz, por lo que es necesario ajustar el rango de frecuencias propuesto por CAME para la macrobanda media alta y, por este motivo, este Tribunal no considerará la fijación de límites de tenencia de espectro en esta macrobanda.

140. Respecto de la macrobanda alta, considerando el proceso en curso del 3GPP para identificar y estandarizar las bandas por sobre 24 GHz para servicios intensivos en datos y de baja latencia o 5G, además de considerar el rango indicado para la macrobanda media alta, también resulta necesario ajustar el rango propuesto por CAME y considerar que esta macrobanda comienza en los 24 GHz.

141. De este modo, en lo que sigue, para efectos de fijar los límites de uso de espectro radioeléctrico, se considerarán las siguientes macrobandas: (i) bajas, por debajo de 1 GHz; (ii) medias bajas, entre 1 y 3 GHz; (iii) medias, entre 3 y 6 GHz; (iv) medias altas, entre 6 GHz y 24 GHz; y (v) altas, más de 24 GHz. Dichas macrobandas coinciden, en parte, con la clasificación realizada por Qualcomm a fojas 575. En la siguiente figura se representa la clasificación seguida por este Tribunal indicando las propiedades físicas de cada macrobanda:

FIGURA N° 2

RELACIÓN DE PROPIEDADES FÍSICAS POR MACROBANDA



** El ancho máximo de un canal en una banda de frecuencias determinada depende de la tecnología de explotación (FDD o TDD) y de la capacidad de la subportadora en uso. Por otra parte, el ancho de banda disponible es mayor en frecuencias más altas respecto de frecuencias más bajas.*

*** Las bandas de frecuencias LTE estandarizadas por el 3GPP para servicios 4G pueden tener canales de un ancho máximo de 20 MHz. Sin embargo, las nuevas bandas de frecuencias 5G estandarizadas por el 3GPP permiten canales más anchos. Por ejemplo, en bandas de frecuencias entre 1 y 2 GHz puede haber canales con un ancho de banda máximo de 40 MHz (banda n66/FDD) u 80 MHz (banda n50/TDD), mientras que en las bandas de frecuencias entre 2 y 3 GHz el ancho máximo de un canal puede llegar a 100 MHz.*

Fuente: Elaboración propia, basado en (i) "Figura 1: Propiedades por banda específica" del informe acompañado por Subtel que rola a fojas 1732; (ii) Technical Specification 38.101-1 V16.1.0 (septiembre de 2019) del 3GPP; y (iii) Technical Specification 38.101-2 V16.1.0 (septiembre de 2019) del 3GPP.

142. Sin perjuicio de la clasificación antes expuesta, se debe tener presente que las diferentes propiedades de cobertura, capacidad y latencia de cada una de las macrobandas se traducen en cierto grado de complementariedad entre estas, que impacta en la estructura de costos del operador móvil. Así, existe una relación entre la cantidad de espectro y tipo de banda de frecuencias asignado, y los costos de operación de la misma, por ejemplo, en relación a la cantidad de estaciones base y celdas que se deben utilizar. Por tanto, a mayor tenencia de espectro y menor frecuencia, menores son los costos de operación que enfrentaría un operador.

143. Por las razones anteriores, un operador móvil requerirá de un portafolio de espectro para ser competitivo o creíble en el mercado (así lo expusieron aportantes de antecedentes como la FNE, a fojas 1435 y siguientes; VTR, a fojas 1501 y siguiente; WOM, a fojas 1017 y siguiente; y Qualcomm, a fojas 575). Además, necesita de un ancho suficiente en distintas bandas de frecuencias que le permitan ser competitivo en términos de precio y calidad del servicio y, así, alcanzar eficiencias operativas y espectrales idóneas para competir efectivamente en el mercado. En esta línea, la autoridad de telecomunicaciones del Reino Unido ha estimado que, para que un operador sea creíble, no debe contar con menos del 10%-15% del espectro asignado para la provisión de servicios móviles[8], mientras que Subtel, a través del informe acompañado a fojas 1756, considera que un operador creíble es aquel que mantiene una red mayorista y es capaz de captar clientes en el mercado minorista.

144. Sin perjuicio de lo indicado, la necesidad de contar con un portafolio de espectro y ser creíble no equivale a asignarse bloques de frecuencias en cada una de las macrobandas, puesto que, en muchos casos, bandas adyacentes cuentan con niveles de sustitución aceptables en la provisión de determinados servicios. Esta idea se desarrollará más adelante (párrafo 150).

E. Criterios para la fijación de los límites máximos de tenencia de espectro radioeléctrico.

145. El establecimiento de límites máximos a la tenencia de espectro o *caps* resulta complejo toda vez que se deben ponderar distintos factores, a saber, la eficiencia operacional, la eficiencia espectral y la desafiabilidad del mercado. En otras palabras, debe sopesarse el efecto en la competencia de los diferentes enfoques vistos, los objetivos de política pública buscados por el regulador y la magnitud de los límites, tal como se expuso en la sección B. A modo ilustrativo, si los *caps* son muy restrictivos, se podría obstaculizar el aprovechamiento de las economías de escala en esta industria, teniendo firmas menos eficientes, un empeoramiento en la calidad del servicio y un aumento en los precios. Por otro lado, si los límites se fijan muy laxos, se podría afectar la competencia debido

[8] Cfr. Ofcom (2018). *Award of the 700 MHz and 3.6-3.8 GHz spectrum bands* (p. 74). Recuperado de: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0019/130726/Award-of-the-700-MHz-and-3.6-3.8-GHz-spectrum-bands.pdf [última visita: 13 de noviembre de 2019].

al riesgo de acaparamiento o concentración de espectro y se podrían deteriorar los servicios que prestan los operadores debido a inversiones subóptimas en redes e infraestructura.

146. En consideración a lo anterior y atendido el dinamismo de la tecnología móvil, la fijación de *caps* porcentuales y no fijos en un valor determinado, es una medida más eficiente para el resguardo de la competencia. En efecto, los porcentajes reflejan el nivel de concentración en la tenencia de espectro, lo que no ocurre con montos absolutos. Asimismo, los límites que se fijan en términos porcentuales son más flexibles porque se adaptan a la eventual asignación de nuevas bandas en el futuro. De esta manera, dichos límites responden más fácilmente a los cambios tecnológicos y, por tanto, evitan que la autoridad deba revisarlos frecuentemente. Ello, además, es coherente con la propuesta de Subtel de fojas 1756 y siguientes, así como con los aportes de antecedentes de Movistar (fojas 1593), Conadecus (fojas 780), FNE (fojas 1388), Qualcomm (fojas 566) y VTR (fojas 1488).

147. Respecto de la magnitud del *cap*, como ya se ha dicho, depende en gran medida de las condiciones de competencia presentes en el mercado y del objetivo de política pública que se plantee el regulador. En India, por ejemplo, la autoridad relajó los *caps* debido a que la competencia, asociada a la multiplicidad de operadores, estaba amenazando la estabilidad financiera de los mismos y, a su vez, reconoció que las bandas bajas son óptimas para garantizar la disponibilidad del servicio, por lo que un operador con tenencia de espectro en bandas bajo 1 GHz tendría ventajas sobre otro sin tenencia[9]. En cambio, en el Reino Unido, luego de que el mercado mostrara signos de concentración, la autoridad decidió establecer un *cap* global que favoreciera la entrada de un cuarto competidor (Cfr. Correa, Epstein y Escobar (2019), a fojas 1748 y siguiente).

148. Del mismo modo, otros países como Colombia[10] y Brasil[11], han puesto especial atención en el reducido ancho de banda de las bandas bajas y en sus características de propagación, estableciendo un *cap* específico a la macrobanda baja que evite su acaparamiento, pero que, a su vez, fomente la competencia

[9] Cfr. Butelmann Consultores (2019), pp. 60-61.
[10] Decreto Número 2194, 26 de diciembre de 2017. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
[11] Resolución N° 703, 1° de noviembre de 2018. Agencia Nacional de Telecomunicaciones.

por la misma. Así, se pueden asignar anchos de bandas al operador que más lo valore, aprovechando las economías de escala del sector. En determinados casos, debido al reducido ancho de banda disponible en bandas bajas en comparación con otras, el *cap* aplicable a estas ha sido superior que aquel definido para otras macrobandas, con el fin de fomentar la inversión y eficiencia en el uso de estas bandas bajas.

149. Por otra parte, como ya se ha señalado (párrafo 128), las macrobandas definidas difieren entre sí en sus propiedades físicas de cobertura, capacidad y latencia, por lo que presentan cierto grado de complementariedad y, por consiguiente, los operadores requieren un portafolio de espectro para competir de manera eficaz. Así, con el objeto de evitar que un operador tenga incentivos a acaparar espectro en algunas macrobandas y haga inviable la entrada de operadores creíbles, se justifica la fijación de *caps* separadamente por cada una de ellas. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que las bandas medias altas (entre 6 y 24 GHz) no han sido atribuidas a servicios de telecomunicación móvil, por lo que, en las condiciones actuales, carece de sentido establecer algún *cap* en dicha macrobanda. Por esta razón, sólo se fijarán límites en las bandas bajas, medias bajas, medias y altas, según la definición expuesta en el párrafo 141.

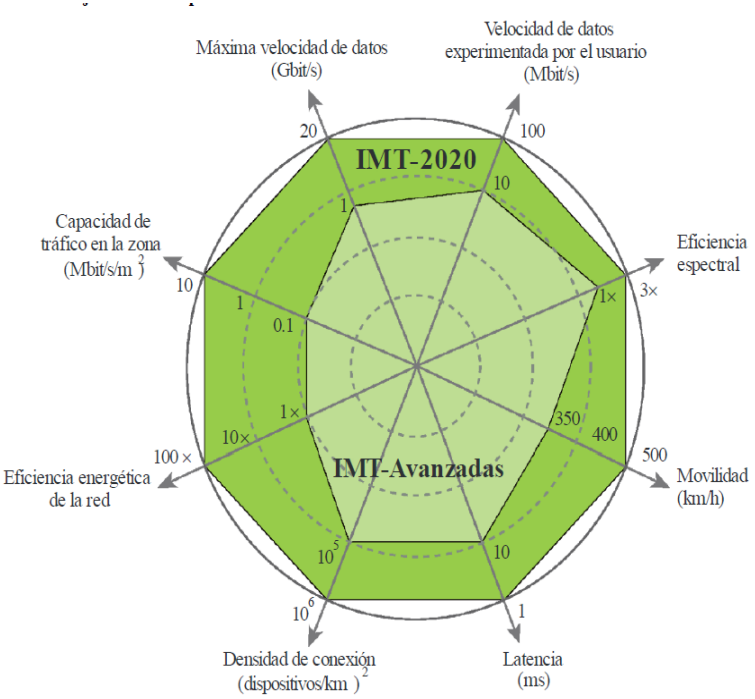
150. Con todo, si bien un operador creíble necesita un portafolio de espectro para competir efectivamente en el mercado, dicho requerimiento espectral multicapa no coincide, en todos los casos, con la delimitación de macrobandas antes realizada (*supra* 141). Así, por ejemplo, algunos desarrolladores de tecnología en telecomunicaciones, como Huawei, sostienen que los operadores deben explotar una capa de cobertura –espectro por debajo de los 2 GHz–, una capa que equilibre capacidad y cobertura –espectro entre 2 GHz y 6 GHz–, y una capa de súper datos –basada en espectro por encima de los 6 GHz–[12]. Lo anterior, además, coincide con la clasificación realizada por la 3GPP respecto del modo de explotación de las bandas señalado en la Tabla N° 12 y en el párrafo 137.

151. Junto con todas las consideraciones anteriores, al momento de fijar *caps* se debe tener presente la armonización internacional o estandarización persegui-

[12] Cfr. Huawei (2018). *5G Spectrum: Public Policy Position* (p. 5-8). Recuperado de: https://www-file.huawei.com/-/media/CORPORATE/PDF/public-policy/public_policy_position_5g_spectrum.pdf [última visita: 25 de noviembre de 2019].

da por la 3GPP y que pretende cumplir con los objetivos planteados por el Sector de Radiocomunicaciones de la UIT ("UIT-R") denominados *International Mobile Telecommunications-2020* ("IMT-2020") para redes, dispositivos y servicios 5G. Estos objetivos se pueden agrupar en: (i) Banda Ancha Móvil Mejorada ("*eMBB*", en inglés): pensada para entornos interiores (penetración de edificios) y exteriores, colaboración empresarial y realidad virtual; (ii) Comunicaciones Masivas entre Máquinas ("*mMTC*", en inglés): Internet de las Cosas ("IoT", en inglés), seguimiento de activos, agricultura inteligente, ciudades inteligentes, entre otras aplicaciones; y, (iii) Comunicaciones Ultrafiables y de Baja Latencia ("*URLLC*", en inglés) para vehículos autónomos, redes eléctricas inteligentes, aplicaciones médicas y automatización industrial. Las diferencias esenciales entre los alcances de las IMT-2020 y la anterior IMT (objetivos denominados IMT-Avanzadas), se detallan en la siguiente figura:

FIGURA N° 3
MEJORA DE LAS CAPACIDADES FUNDAMENTALES DE LAS IMT-2020 SOBRE LAS IMT-AVANZADAS



Fuente: Recomendación UIT-R M.2083-0 (2015), "Concepción de las IMT – Marco y objetivos generales del futuro desarrollo de las IMT para 2020 y en adelante" (p. 15).

152. Otro factor que se debe considerar al momento de fijar los *caps*, es la necesidad de espectro contiguo. En efecto, diversos informes y estudios en la materia indican que, para cumplir con los objetivos IMT-2020 indicados *supra*, un operador requiere de espectro contiguo en determinadas macrobandas[13]. Ello se explica por dos razones: (i) por una parte, se reducen los costos de ingeniería, pues permite el uso de portadoras con mayor ancho de banda y flexibilidad, lo que se traduce en una reducción de las mismas –en vez de dos portadoras de 10 MHz se puede utilizar una sola de 20 MHz–, una menor complejidad del sistema de antenas y un menor número de estaciones con mayor desempeño; y (ii) por otra parte, se aumenta la eficiencia en el uso del ancho de banda asignado, ya que se pueden utilizar más canales –prescindiendo de una banda de guarda entre canales– y estos, a su vez, pueden ser más amplios, mejorando la densidad espectral y permitiendo el uso de tecnologías que aumenten las tasas de rendimiento de datos[14]. Como se verá, la necesidad de espectro contiguo es especialmente relevante al momento de fijar los límites de espectro en las macrobandas media y alta.

153. La siguiente Tabla resume las propiedades físicas de cada capa para cumplir con los objetivos o estándares indicados en los últimos cuatro párrafos:

[13] Cfr. Wan et al (2018). 4G/5G Spectrum sharing for enhanced mobile broad-band and IoT Services (p. 1-3). *IEEE Vehicular Technology Magazine*; Cfr. Oughton et al (2018). *Towards 5G: Scenario-based assessment of the future supply and demand for mobile telecommunications infrastructure* (p. 145-146). Technological Forecasting and Social Change. DOI: 10.1016/j.techfore.2018.03.016; GSMA (2018). *5G Spectrum: GSMA Public Policy Position* (p. 4-6). Recuperado de: https://www.gsma.com/latinamerica/wp-content/uploads/2019/03/5G-Spectrum-Positions.pdf [última visita: 20 de noviembre de 2019].

[14] Cfr. CAME (2017), pp. 6, 15-17.

TABLA N° 13

ENFOQUE DE FRECUENCIAS MULTICAPA PARA ESCENARIOS DE USO DE 5G

Objetivos o estándares	Usos	Capa	Necesidad espectral ideal
eMBB	Control inalámbrico de procesos industriales, cirugías a distancia, realidad virtual, automóviles autónomos	*Frecuencias altas (sobre 6 GHz)* Casos específicos que requieren velocidades de datos extremadamente altas.	800 MHz - 1 GHz de espectro contiguo
eMBB, URLLC y mMTC	Mayoría de servicios móviles 5G (despliegue temprano)	*Frecuencias medias (entre 2 y 6 GHz)* Equilibrio entre capacidad y cobertura de áreas amplias, pero no profundas (penetración de interiores).	80 - 100 MHz de espectro contiguo
eMBB, URLLC y mMTC	Comunicaciones masivas de tipo máquina (bajo volumen de transmisión de datos) y telefonía móvil en áreas amplias	*Frecuencias bajas (por debajo de 2 GHz)* Cobertura en áreas amplias e interiores.	Hasta 20 MHz

Fuente: Elaboración propia, basado en: (i) Wan et al (2018). 4G/5G Spectrum sharing for enhanced mobile broad-band and IoT Services (p. 1); (ii) Huawei (2018). 5G Spectrum: Public Policy Position (p. 6); y (iii) GSMA (2019). 5G Spectrum: GSMA Public Policy Position (p. 4).

154. Junto con la necesidad espectral indicada anteriormente, se debe tener presente el concepto de simetría o distribución uniforme en la tenencia de espectro planteado por algunos aportantes (por ejemplo, Subtel, a fojas 244; WOM, a fojas 1000; y Colegio de Ingenieros, a fojas 593). Al respecto, si bien existen modelos teóricos que la proponen como lo óptimo, ellos desconocen las actuales condiciones del mercado, en especial que la tenencia histórica de espectro de los actuales operadores hace difícil fijar un *cap* que asegure una tenencia completamente simétrica (véase el informe "*Spectrum Caps* en Chile", pp. 30-31, acompañado por Claro, cuya versión pública consta a fojas 2247; VTR, a fojas 1488). Por tanto, los límites que se fijarán tomarán en cuenta la tenencia asimétrica de espectro existente, fomentando su uso eficiente y la competencia en los mercados mayorista y minorista. Esto es posible atendido el descenso en los niveles de concentración de los mismos y la obligación de *roaming* nacional. De hecho, la propuesta de la Consultante reconoce implícitamente la asimetría en la tenencia de espectro, al solicitar un *cap* de un 32% en cada una de las macro-

bandas, lo que no es incompatible con tener un cuarto operador creíble, objetivo declarado por Subtel (a fojas 244, 1762 y 1763 vuelta).

155. Finalmente, intervinientes como Qualcomm pretenden que se reconozca un factor de holgura (o de traspaso en el caso de Movistar) que facilite que los operadores adquieran un portafolio de espectro consistente con sus respectivas estrategias comerciales y la demanda de mercado por sus servicios (Qualcomm, a fojas 573; Subtel, a fojas 2668 vuelta; e informe de Movistar, a fojas 2275). No obstante, se considera un riesgo para la competencia el que un operador pueda sustituir y compensar su participación en determinadas macrobandas, ya que resultaría contraproducente con lo indicado en esta resolución, esto es, la necesidad que tiene un operador de contar con un portafolio de espectro y la disminución del riesgo de acaparamiento que se pretende salvaguardar. De permitirse, un operador podría tener incentivos a acaparar estratégicamente una porción del espectro que monopolice una de las características físicas de cobertura, capacidad o latencia de las distintas bandas de frecuencia.

156. De este modo, teniendo en consideración (i) el equilibrio que debe existir entre las razones de competencia y política sectorial; (ii) la conveniencia de establecer *caps* porcentuales por sobre fijos; (iii) las propiedades de cada una de las macrobandas; (iv) los objetivos o estándares IMT-2020; (v) la necesidad multicapa de un operador creíble; (vi) el requerimiento de espectro contiguo en ciertas bandas; y (vii) la asimetría en la tenencia de espectro; se fijarán los siguientes límites de espectro por cada una de las macrobandas definidas. Como se señaló en el párrafo 139, no se fijarán límites para la macrobanda media alta dada la ausencia de atribuciones y asignaciones para servicios móviles en las bandas que fluctúan entre los 6 y 24 GHz.

Macrobanda baja (inferior a 1 GHz)

157. En el caso de las bandas bajas –relevantes, como se ha dicho, por sus propiedades de cobertura y penetración de interiores–, las economías de escala, la dispersa densidad poblacional a lo largo de Chile –extensas áreas rurales– y la reducida disponibilidad de ancho de banda, justifican un menor número de operadores. Por lo mismo, países que han impuesto algún tipo de *cap* a la tenencia

de espectro radioeléctrico, han determinado un límite más alto para las bandas bajas, tal como se ha señalado en el párrafo 148.

158. Por todo lo anterior, a pesar de que el *cap* propuesto por la Consultante puede parecer adecuado, un límite de 32% impediría que, en futuros concursos en esta macrobanda, incumbentes con tenencias por sobre dicho *cap* puedan participar. Esta situación podría afectar la competencia *por la cancha*, dado que el operador que podría participar en el concurso, al no enfrentar competencia, no tendría incentivos suficientes para ofrecer un proyecto de alta calidad. Así, se adoptará un límite de tenencia de espectro de 35% por operador.

Macrobanda media baja (entre 1 y 3 GHz)

159. Respecto de la macrobanda media baja, esta no solo es relevante por sus propiedades de cobertura, sino que, además, ha sido reconocida como sustituta de la macrobanda media para la provisión de servicios móviles 4G y 5G, en lo que respecta a los parámetros de cobertura y capacidad para zonas urbanas. Sin embargo, dicha sustitución no es perfecta si se revisa la tecnología o modo de explotación que debe emplearse para prestar la nueva generación de servicios móviles 5G. En efecto, mientras las bandas medias bajas pueden ser explotadas u operadas por cualquiera de las tecnologías definidas en el párrafo 137 (3GPP, *reléase 15*), las bandas medias presentan mejores resultados de eficiencia espectral si en ellas se utiliza tecnología TDD. Esta tecnología prescinde de una banda de guarda y está asociada preferentemente al tráfico de datos y a bandas no emparejadas, tal como lo ha señalado la literatura[15].

160. Por otra parte, esta macrobanda presenta similitudes de uso y propagación con la banda baja, tal como indica Qualcomm (fojas 575 y siguiente), y, a su vez, también se diferencia de ella porque existe un mayor ancho de banda identificado y estandarizado para la provisión de servicios móviles. Asimismo, esta macrobanda es más versátil en el modo de explotación que la banda baja, lo que permite fijar un límite máximo de tenencia de espectro menos elevado que tienda a la simetría espectral –salvaguardando la competencia en zonas

[15] Cfr. Walsh et al (2018). *5G New Radio Solutions: Revolutionary Applications Here Sooner Than You Think* (p. 4). Recuperado de: https://www.skyworksinc.com/-/media/SkyWorks/Documents/Products/2901-3000/5G-White-Paper-Part-2.pdf [última visita: 28 de noviembre de 2019].

urbanas y la competencia *en la cancha*–, y que, al mismo tiempo, preserve la competencia *por la cancha*.

161. Por todo lo anterior, se fijará en esta macrobanda un límite máximo de 30%. Este *cap*, en línea con la política sectorial, permitirá a cuatro operadores creíbles contar con una capa de cobertura suficiente para la provisión de servicios móviles de nueva generación y, además, desarrollar infraestructura compatible con 5G para zonas urbanas.

Macrobanda media (entre 3 y 6 GHz)

162. Para efectos de fijar el límite máximo en esta macrobanda se tendrá presente lo expuesto en los párrafos 142, 143 y 152 sobre atribución, sustitución, ancho de banda y necesidad espectral. Asimismo, se considerarán las siguientes circunstancias: (i) que en el corto y mediano plazo solo se dispondría de 250 MHz para la provisión de servicios móviles en la banda n78 de acuerdo a información de Subtel de fojas 2688 vuelta; (ii) que dicha banda es actualmente señalada como prioritaria para la provisión de servicios 5G; (iii) que el regulador sectorial busca asegurar la competencia de cuatro OMR creíbles; y (iv) que se deben asignar, preferentemente, entre 80 y 100 MHz de espectro contiguo por operador para así cumplir con los estándares planteados en IMT-2020 para *eMBB* de 5G, tal como se ha indicado *supra* 151.

163. En particular, sobre la asignación de espectro contiguo en esta macrobanda, en la Tabla N° 13 se indica que la necesidad espectral ideal es entre 80 y 100 MHz de espectro contiguo, siendo estos los bloques comúnmente asignados en la banda n78[16]. Sin embargo, es posible adoptar paulatinamente la tecnología de los servicios móviles de nueva generación y, para ello, asignar bloques de espectro contiguo menor. Así, por ejemplo, en el Reino Unido se han asignado bloques de 40 y 50 MHz contiguos en la mencionada banda, lo que permitiría desplegar, junto a otras bandas, infraestructura compatible con la nueva generación de servicios móviles (Cfr. OfCom, 2018, pp. 94-99).

[16] Halberd Bastion. *5G Frequency Bands. n78 3500 MHz*. Recuperado de: https://halberdbastion.com/technology/cellular/5g-nr/5g-frequency-bands/n78-3500-mhz [Última visita: 15 de noviembre de 2019]

164. Por lo anterior, se fijarán las siguientes medidas especiales para el corto, mediano y largo plazo:

a) En el corto plazo, la Subtel debe asegurar la competencia *en la cancha* y no podrá subastar bloques contiguos que, en suma, sean inferiores a 40 MHz por operador. De este modo, la Subtel deberá contar, en una primera subasta para la provisión de servicios móviles, con al menos 80 MHz de espectro, asegurando así la existencia de un mínimo de dos operadores en esta macrobanda.
b) En el mediano plazo, la Subsecretaría, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro actores con un mínimo de 40 MHz contiguos cada uno.
c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un *cap* de 30% para esta macrobanda, debiendo cada operador tener un mínimo de 80 MHz contiguos.

Macrobanda alta (superior a 24 GHz)

165. Finalmente, y en lo que respecta a las bandas altas, para fijar el *cap* se tendrá en consideración: (i) la necesidad espectral contigua de al menos 800 MHz para la provisión de servicios móviles 5G (Tabla N° 13), siendo ideal una tenencia de 1 GHz de espectro contiguo; y (ii) el hecho que gran parte de esta macrobanda aún se encuentra en estudio para su estandarización, por lo que existe la posibilidad de que se desarrolle un mercado especializado en la provisión de servicios móviles de alta capacidad y que no necesariamente se condice con la necesidad de ser OMR.

166. Por lo anterior, al igual que en la macrobanda media, se fijarán las siguientes medidas para el corto, mediano y largo plazo:

a) En el corto plazo, en atención a que (i) la Subtel afirma que solo se encontrarían disponibles 850 MHz en la banda 28 GHz (fojas 2674 y fojas 2690 vuelta) o banda n261; y (ii) la adopción de nuevas tecnologías sería realizada de manera paulatina, la Subsecretaría deberá asegurar la competencia *en la* cancha y la adjudicación de bloques contiguos que, en suma, no sean inferiores a 400 MHz por operador. Ello permitirá la existencia de al menos dos operadores en esta macrobanda.

b) En el mediano plazo, la Subtel, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro actores con un mínimo de 400 MHz contiguos cada uno en esta macrobanda.
c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de 25% para esta macrobanda, lo que considera la especificidad de los servicios que se proveerán en las bandas que la componen (indicados *supra* 151 y 153) y el actual proceso de estandarización de las mismas. Ello facilitaría la existencia de varios operadores, pudiendo ser algunos de ellos especializados en terminales y servicios de alta capacidad, tal como lo indica Qin (fojas 706 y 716). En cualquier caso, la Subtel deberá velar porque existan al menos cuatro actores con un mínimo de 800 MHz contiguos cada uno.

F. Consideraciones finales y conclusiones

167. Desde la época de dictación de la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4797-2008, que impuso los límites máximos de tenencia de espectro actualmente vigentes, las condiciones de competencia han variado sustantivamente, tanto en términos del espectro asignado a los diversos servicios de telefonía móvil, como en cuanto a las nuevas tecnologías en uso, la estructura de los mercados relevantes y la penetración de servicios móviles en el país (datos y telefonía).

168. Las diferencias antes señaladas justifican una revisión de los límites máximos de tenencia de espectro. Para dicho análisis se tuvo en consideración: (i) el equilibrio que debe existir entre las razones de competencia y los objetivos de política pública sectorial; (ii) la conveniencia de establecer *caps* porcentuales por sobre fijos; (iii) las propiedades de cada una de las macrobandas que componen el espectro radioeléctrico; (iv) los objetivos o estándares IMT-2020; (v) la necesidad multicapa de un operador creíble; (vi) el requerimiento de espectro contiguo en ciertas bandas; y (vii) la asimetría en la tenencia de espectro.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

169. Fijar los siguientes límites de espectro por cada una de las macrobandas definidas en el párrafo 141:

1. Macrobanda baja (inferior a 1 GHz): se adoptará un límite de tenencia de espectro de 35% por operador.

2. Macrobanda media baja (entre 1 y 3 GHz): se fijará un límite máximo de 30% por operador.

3. Macrobanda media (entre 3 y 6 GHz): se fijarán las siguientes medidas especiales para el corto, mediano y largo plazo:

a) En el corto plazo, la Subtel no podrá subastar bloques contiguos que, en suma, sean inferiores a 40 MHz por operador. De este modo, deberá contar, en una primera subasta, con al menos 80 MHz de espectro, asegurando así la existencia de un mínimo de dos operadores.
b) En el mediano plazo, la Subsecretaría, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 40 MHz contiguos cada uno.
c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de espectro de 30% para esta macrobanda, debiendo cada operador tener un mínimo de 80 MHz contiguos.

4. Macrobanda media alta (entre 6 y 24 GHz): no fijar límites atendida la ausencia de atribuciones y asignaciones para servicios móviles en las bandas que la componen.

5. Macrobanda alta (superior a 24 GHz): al igual que en la macrobanda media, se fijarán las siguientes medidas para el corto, mediano y largo plazo:

a) En el corto plazo, la Subsecretaría deberá asegurar la adjudicación de bloques contiguos que, en suma, no sean inferiores a 400 MHz por operador. Ello permitirá la existencia de al menos dos operadores en esta macrobanda.
b) En el mediano plazo, la Subtel, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 400 MHz contiguos cada uno en esta macrobanda.
c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de 25%. En cualquier caso, la Subtel deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 800 MHz contiguos cada uno.

170. Los límites máximos de tenencia regirán conforme al ámbito territorial definido por la Subtel a fojas 2669 y 2669 vuelta, es decir, se impondrán sobre cada unidad territorial o zona. Ello implica que, en cada unidad territorial, sea regional o comunal, ninguno de los operadores podrá exceder el límite máximo de tenencia de espectro, considerando todas sus licencias.

171. Asimismo, tal como lo solicita la Subtel en su consulta, el ajuste a los límites propuestos debe ser objeto de una transición paulatina, vale decir, este debe realizarse con ocasión de los futuros concursos para la adjudicación de derechos de uso sobre el espectro. De esta manera, los operadores móviles que excedan cualquiera de los límites máximos de tenencia previamente fijados podrán participar en dichos concursos, pero sólo después de adecuar su tenencia a ellos.

172. Por último, la Subtel deberá consultar a este Tribunal el límite máximo de tenencia de espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicios móviles en la banda media alta, una vez que decida concursar bloques de espectro en las bandas que fluctúan entre los 6 y 24 GHz.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y aportantes de antecedentes en su oportunidad.
Rol NC N° 448-18.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. No firma el Ministro Sr. Eduardo Saavedra Parra, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente.
Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

60 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 60/2019

(Causa Rol NC N° 450-18)

"Consulta de PacificBlu Spa y otro sobre las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B, para merluza común, en las regiones que indica"

Fecha dictación: 5 de diciembre de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias.

Consultante: PacificBlu SpA. y Sociedad Pesquera Landes S.A.

Entidades que aportaron antecedentes: Pesquera Isla Quihua S.A., Fiscalía Nacional Económica, y Sociedad Nacional de Pesca F.G.

Objeto del proceso: Pronunciarse acerca de si las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para el recurso de la merluza común en su unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S. ("Subasta"), contenidas en la Resolución Exenta N° 4.150 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, podrían infringir las disposiciones del Decreto Ley N° 211 al no considerar dichas bases la existencia de pesca ilegal; y pronunciarse acerca de si las bases de la Subasta carecen de medidas eficaces para evitar que la pesca ilegal distorsione las condiciones de competencia en la misma y en la actividad extractiva del recurso.

Mercado afectado: Subasta de licencias transables de pesca clase B para el recurso de la merluza común, en su unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S.

Resolución del Tribunal: El Tribunal resolvió declarar que no existen antecedentes en autos que permitan concluir que las bases de la Subasta infrinjan o puedan infringir las disposiciones del Decreto Ley Nº 211.

Recursos: No hay recursos pendientes.

Temas que trata: Distorsiones a la competencia en una licitación pública.

RESOLUCIÓN N° 60/2019

Santiago, cinco de diciembre de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 450-18.
CONSULTANTE: PacificBlu SpA y Sociedad Pesquera Landes S.A. (las "Consultantes").
OBJETO: Determinar si las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para el recurso de la merluza común en su unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S., contenidas en la Res. Exenta N° 4.150 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, pueden infringir las disposiciones del D.L. N° 211.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. CONSULTANTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultantes:
a) PacificBlu SpA; y
b) Sociedad Pesquera Landes S.A.

2. Entidades que aportaron antecedentes:
a) Pesquera Isla Quihua S.A.;
b) Fiscalía Nacional Económica ("FNE"); y
c) Sociedad Nacional de Pesca F.G. ("Sonapesca").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS CONSULTANTES

1. A fojas 39, el 10 de diciembre de 2018, las Consultantes formularon consulta respecto de las bases de la subasta de licencias transables de pesca ("LTP") clase B para el recurso de la merluza común, en su unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S. (la "Subasta"), contenidas en la Resolución Exenta N° 4.150, de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura ("Subpesca"), de 28 de noviembre de 2018. En específico, las Consultan-

tes sostienen que las bases de la Subasta podrían infringir las disposiciones del D.L. N° 211, pues no consideran en su configuración la existencia de pesca ilegal de la merluza común, careciendo de medidas eficaces para evitar que esa pesca ilegal distorsione las condiciones de competencia en la Subasta y en la actividad extractiva de ese producto.

2. Las Consultantes indican que la unidad de pesquería de la merluza común está sometida al régimen de plena explotación, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura ("LGPA"), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado consta en el Decreto N° 430 de septiembre de 1991 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo). Las consultantes agregan que la declaración del recurso bajo este régimen genera las siguientes consecuencias: (a) habilita a la autoridad a fijar cuotas globales anuales de captura, la que es fraccionada entre el sector pesquero industrial y el sector pesquero artesanal en la forma que determina la LGPA; y (b) suspende la recepción de solicitudes y el otorgamiento de autorizaciones de pesca, así como la inscripción en el registro artesanal.

3. Afirman, además, que la cuota del sector industrial se administra mediante LTP las que pueden ser de clase A o clase B. Las primeras fueron otorgadas a quienes eran titulares de autorizaciones de pesca y tienen una vigencia de 20 años renovables, mientras que las clase B son adquiridas en virtud de una subasta, como la consultada en autos, la que se realiza en la medida que se verifique alguna de las hipótesis señaladas en la LGPA. De este modo, la adjudicación de LTP clase B reduce proporcionalmente las toneladas que los titulares de LTP clase A pueden extraer. Las LTP clase B también tienen una duración de 20 años y son renovables.

4. En relación con el sector artesanal, las Consultantes indican que éste se rige por el Régimen Artesanal de Extracción ("RAE"), bajo el cual la asignación de la fracción artesanal de la cuota global la realiza Subpesca a los pescadores artesanales debidamente inscritos en el Registro Pesquero Artesanal ("RPA"), atendiendo a diversos factores.

5. Luego, las Consultantes afirman que la pesca ilegal de la merluza común es realizada principalmente por el sector artesanal, ya sea (a) por quienes no están

inscritos en el RPA; (b) por quienes estando inscritos en dicho registro pescan por sobre la cuota que le fue asignada para este recurso; o (c) por quienes realizan una declaración de desembarque menor que la captura efectiva. Si bien no existiría una estimación precisa de la magnitud de la pesca ilegal de la merluza común, las Consultantes citan diversos estudios, concluyendo que en Chile se extrae *sustancialmente* más merluza común de lo permitido por la cuota. En específico, citan un informe del Centro de Desarrollo y Pesca Sustentable, un estudio elaborado por académicos de la Universidad de Concepción y un informe del Instituto de Fomento Pesquero.

6. La pesca ilegal es calificada por las Consultantes como el principal problema de la unidad de pesquería de merluza común, calificación que también le habría otorgado el Comité de Manejo de la Pesquería de Merluza Común. Señalan que la pesca ilegal antes señalada: (a) distorsiona la evaluación del stock de merluza común, lo que afectaría los supuestos sobre los cuales la autoridad tomaría decisiones tales como la fijación de la cuota global de captura y la determinación de la procedencia de subastas para el otorgamiento de LTP clase B; (b) genera sobreoferta del recurso, disminuyendo los precios y afectando con ello los ingresos de los pescadores, lo que incentivaría a su vez el aumento de la pesca ilegal; y, (c) no paga impuestos y genera riesgos sanitarios.

7. Las Consultantes exponen que una primera razón para explicar por qué la pesca ilegal es efectuada por una parte del sector artesanal serían las asimetrías regulatorias existentes entre éste y el sector industrial, en particular que: (a) todas las embarcaciones deben entregar información de desembarques por viaje de pesca, certificada por una entidad auditora acreditada, con excepción de aquellos armadores artesanales con naves de eslora inferior a 12 metros; (b) todas las embarcaciones deben utilizar un sistema de posicionamiento satelital de naves pesqueras, con excepción de embarcaciones artesanales con eslora inferior a 15 metros dedicadas exclusivamente a la extracción de merluza común y naves de eslora inferior a 12 metros; (c) todos los armadores deben utilizar un sistema de registro de imágenes que permita verificar la ocurrencia de alguna infracción a las normas de pesca, con excepción de embarcaciones artesanales con eslora inferior a 15 metros dedicadas exclusivamente a la extracción de merluza común y naves de eslora inferior a 12 metros; y (d) las sanciones por

incumplir obligaciones de información o certificación antes mencionadas son distintas según si se trata de un armador industrial o de un armador artesanal. Estas asimetrías serían relevantes, porque de acuerdo con datos de 2017, el 83% de la captura de merluza común se realiza con embarcaciones de eslora igual o inferior a 12 metros o "botes artesanales".

8. Afirman que, a pesar de que la fiscalización que realiza el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura ("Sernapesca") y la Subpesca se enfocaría principalmente en el sector artesanal, su capacidad se encontraría superada por la dispersión geográfica de los puntos de desembarque y la informalidad con la que opera parte del sector artesanal. Agregan que ambos servicios están en conocimiento de la existencia y magnitud de la pesca ilegal de la merluza común y que, a pesar de ello, no incluyeron en las bases de la Subasta los resguardos necesarios para evitar un incremento de la misma.

9. En específico, en relación con la Subasta, las Consultantes indican que, ésta permite la participación de armadores artesanales quienes se podrían hacer de parte de la fracción industrial, lo que no sería en sí mismo problemático, ya que podría aumentar la competencia *ex ante*. Sin embargo, señalan que esta situación puede incrementar la pesca ilegal de la merluza común arriesgando con ello la sustentabilidad del recurso. Lo anterior debido a que el armador artesanal que se adjudique LTP clase B, o bien las adquiera por cualquier medio, estaría sujeto a dos regímenes de pesca distintos: por una parte, podría seguir actuando como armador artesanal sin tener la obligación de certificar sus desembarcos o utilizar sistemas de geo-posicionamiento respecto de la cuota artesanal que se le haya asignado y, por otra, actuaría como industrial respecto de la cuota asociada a la LTP clase B que haya adquirido. Esta "doble militancia" generaría incentivos para que dicho armador utilice el régimen jurídico de los armadores artesanales para la extracción de la cuota industrial que se adjudicó o adquirió, aumentándose la pesca ilegal a través del subreporte de desembarques y de viajes de pesca.

10. Las Consultantes agregan que lo anterior generaría riesgos en la competencia, tanto en la Subasta como en la actividad extractiva de la merluza común. En primer lugar, dicha asimetría distorsionaría la igualdad de los proponentes

de cara a la Subasta ya que el armador artesanal, que puede pescar ilegalmente, tendría una mayor disposición a pagar por los lotes que se subasten, pues las LTP clase B le permitirían capturar un número mayor de toneladas. En segundo lugar, señalan que la pesca ilegal distorsionaría las condiciones de competencia entre los pescadores, ya que –a corto plazo– existiría una sobreoferta del producto, lo que se traduciría en precios más bajos de los que existirían en una situación de equilibrio, y a largo plazo podría llevar a la escasez del producto con el consecuente sobreprecio que ello implica.

11. Atendido todo lo señalado, las Consultantes exponen que, si la Subasta se lleva a cabo en los términos indicados en las bases, los efectos de la pesca ilegal antes señalados se verían acentuados. Para resguardar este riesgo solicitan que se establezcan las siguientes medidas en las señaladas bases:

(i) Impedir que los armadores artesanales que exploten la fracción de la cuota industrial se aprovechen de la ambivalencia normativa disponiendo que, en la medida que la embarcación utilizada se encuentre inscrita en el registro de naves a que se refiere el artículo 29 de la LGPA, esa embarcación no podrá capturar ningún recurso pesquero al amparo de su inscripción artesanal. En subsidio, solicitan prohibir que esos armadores artesanales capturen merluza común con cargo a la cuota artesanal e industrial en un mismo viaje de pesca, debiendo informar anticipadamente a Subpesca con cargo a qué cuota capturarán merluza común para cada viaje de pesca;

(ii) Someter a los armadores artesanales que exploten la fracción industrial de la cuota global de captura a un régimen de deberes análogo al de los armadores industriales, que incluya a lo menos la obligación de certificar el 100% de sus desembarques, la obligación de mantener e instalar un sistema de posicionamiento satelital, la obligación de informar cada zarpe y recalada, la obligación de desembarcar sólo en aquellos puntos habilitados de desembarque en que Sernapesca cuente con la posibilidad de certificación y fiscalización efectiva, y un régimen de sanciones equivalente al que se aplica a los armadores industriales;

(iii) Las demás otras condiciones que el Tribunal estime necesarias para que las bases de la Subasta se ajusten al D.L. N° 211; y

Finalmente, solicitan que este Tribunal ordene a la Subpesca incorporar las condiciones que se determinen en futuras bases administrativas para las subastas de LTP clase B.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

12. El 13 de diciembre de 2018, a fojas 96, se dio inicio al proceso de consulta consistente en determinar si las bases de la Subasta podrían infringir las normas que protegen la libre competencia. En dicha resolución de inicio, corregida a fojas 103, se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica; a Sonapesca; a Sernapesca; y a Subpesca, obligando a esta última a informar del inicio de este procedimiento, por el medio que estime más conveniente, a las empresas titulares de LTP clase A para el recurso de merluza común y a los pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal para el recurso merluza común en las regiones IV a X y en la XIV región, a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de dicha resolución en el Diario Oficial, publicación que fue efectuada el 7 de enero de 2019 de acuerdo al documento que rola a fojas 108. Luego, por resolución de fojas 113, se amplió el plazo para aportar antecedentes hasta el 15 de marzo de 2019.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

13. A fojas 120, Pesquera Isla Quihua S.A. aportó antecedentes indicando que la autoridad pesquera no consideró la pesca ilegal en el diseño de las bases de la Subasta, lo que genera riesgos asociados a la sustentabilidad del recurso merluza común. Señaló que las bases de la Subasta, si bien operan bajo el principio de libre concurrencia y permiten la participación tanto de pescadores industriales como de pescadores artesanales, no permitirían que el adjudicatario ejerza los derechos obtenidos por la licitación en igualdad de condiciones, esto debido a que los pescadores industriales no se encuentran sujetos a las mismas obligaciones, siendo las obligaciones del pescador artesanal menos exigentes. Expone que dicha situación genera una ventaja competitiva ilegítima en favor de los pescadores artesanales que podrán operar en condiciones disímiles respecto de los industriales adjudicatarios. Agrega que esta diferencia se reflejará

en una mayor disposición a pagar por parte del artesanal en cada lote dentro de la Subasta.

14. A fojas 139, la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes reconociendo, en primer lugar, la relevancia y magnitud del problema de la pesca ilegal en la unidad de pesquería de la merluza común. Indica que, desde el punto de vista de la libre competencia, la existencia de asimetrías normativas entre agentes económicos que tienen diferentes características no necesariamente es problemática, siempre que dichas asimetrías no impidan o limiten la libre competencia. Al respecto, agrega que, si la asimetría proviene del diseño de las bases de la licitación o subasta, el procedimiento de consulta ante este Tribunal es el adecuado, lo que no ocurriría si la asimetría proviene de la ley, en cuyo caso lo procedente sería la apertura de un expediente de recomendación normativa. Con relación a la Subasta objeto de la consulta, la FNE examinó el impacto que tendría la eventual inclusión de las medidas propuestas por las Consultantes y concluyó que el problema de la pesca ilegal no es inherente al diseño de la Subasta, sino que lo es a la fiscalización de la actividad extractiva del recurso, por lo que la inclusión de dichas medidas no alteraría el riesgo de aumento de la pesca ilegal. Esta conclusión se sustenta en el análisis que se describe a continuación:

14.1. En primer lugar, la FNE indica que la fijación de cuotas de pesca y derechos asociados a ésta tienen como objetivo asignar eficientemente los derechos de pesca y propender a la sustentabilidad del recurso. Al respecto, señala que es esencial para lograr dichos objetivos que los derechos de pesca sean transferibles con independencia de su asignación. Afirma que la existencia de un mercado secundario de derechos de pesca competitivo disminuye los riesgos asociados a la asignación inicial de estos derechos, por lo que las condiciones de las subastas o licitaciones de cuotas no incidirían en la dinámica del mercado. Sin perjuicio de ello, expone que el diseño de las bases de las licitaciones o subastas deben favorecer la concurrencia de oferentes, disminuyendo las barreras de entrada y desincentivando la colusión entre sus participantes.

14.2. Luego, efectúa un análisis de la relevancia de la Subasta dentro de la actividad de extracción de la merluza común determinando el porcentaje

de la cuota global que ésta representa. Indica que la Subasta afecta al 3% de la cuota global de pesca en la pesquería de la merluza común y que, de acuerdo con la LGPA, en un plazo de tres años, se subastará el 9% del total de dicha cuota, que corresponde a un 15% de la fracción industrial. Al respecto, concluye que tanto la Subasta como los dos procesos licitatorios pendientes recaen sobre un porcentaje acotado de la cuota global que difícilmente puede generar cambios relevantes o incentivos inadecuados en el mercado, más todavía si se considera la magnitud de la pesca ilegal.

14.3. En cuanto a las asimetrías regulatorias existentes entre el régimen artesanal y el industrial, la FNE analizó algunas de ellas considerando los eventuales incentivos que tendrían los pescadores artesanales de cara a la Subasta. Al respecto, concluyó que el deber de informar los desembarques afecta tanto a artesanales como a industriales y que, de conformidad con la respuesta entregada por Subpesca, la certificación de capturas es obligatoria para armadores artesanales cesionarios de toneladas de una LTP clase B, con independencia de la eslora de la embarcación.

14.4. En lo que respecta al posible aumento de la pesca ilegal, la FNE afirma que no existe un cambio en los incentivos que tendrían los pescadores artesanales producto de la Subasta, debido a que quienes pescan ilegalmente no tienen interés en adjudicarse LTP clase B para realizar una actividad ilícita. Agrega que las LTP clase A también son transferibles y que las toneladas que ellas representan pueden cederse, por lo que el riesgo identificado por las Consultantes ha existido desde el inicio del sistema de LTP, ya que desde siempre los artesanales podrían haber ofrecido precios "supracompetitivos" para comprar una LTP clase A y luego cederse las toneladas que ellas representan.

14.5. Por último, la FNE expuso que los riesgos identificados por las Consultantes no se verificaron en la Subasta, pues todas las adjudicatarias tenían interés directo en la extracción del recurso por cuenta propia y, además, ya detentaban una cuota de merluza común asociada a una LTP clase A en 2017.

15. A fojas 225, la Sociedad Nacional de Pesca A.G. aportó antecedentes afirmando que: (i) la pesca ilegal es una realidad extendida entre los pescadores artesanales, quienes a veces recurren a violencia para obstaculizar la fiscalización de la autoridad; (ii) existen pescadores inscritos en el RAE que, a pesar de haber sido sancionados por incurrir en pesca ilegal, han participado de subastas de LTP clase B; y (iii) los pescadores artesanales adjudicatarios de LTP clase B se *auto ceden* las toneladas que le fueron adjudicadas en las subastas, para con ello hacer uso de ellas bajo un régimen más beneficioso. Acredita lo anterior con hechos que expone en su presentación.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

16. A fojas 274 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 13 de agosto de 2019, a las 9:30 horas. La publicación en el Diario Oficial de la citación a dicha audiencia se efectuó, según consta a fojas 327, el 17 de julio de 2019, mientras que la publicación en la página web del tribunal se realizó el 11 de junio de 2019.

17. En la audiencia pública, como consta a fojas 460, intervinieron los apoderados de las Consultantes y de los aportantes de antecedentes: Sonapesca y FNE.

II. PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA

18. En términos generales y tal como se mencionó en la parte expositiva, la consulta de autos tiene por objeto determinar si las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para el recurso de la merluza común, en su unidad de pesquería comprendida desde la Región de Coquimbo hasta el paralelo 41º 28,6' L.S., contenidas en la Resolución Exenta Nº 4.150 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, de 28 de noviembre de 2018, podrían infringir las normas que protegen la libre competencia. Al respecto, es necesario tener presente que la Subasta fue adjudicada tras la apertura de las ofertas económicas el 20 de diciembre de 2018, según se indica en el aporte de antecedentes de la FNE, a fojas 158.

19. Para estos efectos, en primer término, se determinará el ámbito de revisión de las bases de la Subasta. Luego, se analizará la principal alegación de las Consultantes, esto es, si la omisión de medidas destinadas a precaver la pesca ilegal de merluza común en las bases de la Subasta afecta la libre competencia. Como se verá, dicha omisión no produce distorsiones que tengan la aptitud de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

20. En cuanto al ámbito de revisión de las bases de la Subasta, no está en duda en estos autos el hecho que las instituciones del Estado están sujetas al derecho de la competencia, cuestión que ha sido afirmada repetidamente por este Tribunal y por la Excelentísima Corte Suprema. Así, por ejemplo, "*es menester recordar que el SRCEI, en tanto órgano del Estado, debe respetar el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, el que se reitera en el artículo 2° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Esto implica que todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones deben someter su acción a la Constitución y las leyes, dentro de las cuales está el D.L. N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia*" (Sentencia N° 132/2013, c.5°)**.** En particular, en materia de licitaciones públicas, la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido consistente en señalar que "*las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello*" (Sentencia N° 138/2014, c.13°).

21. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario establecer el ámbito en que se pueden resolver consultas sobre bases de una licitación o subasta. Como se ha sostenido, las licitaciones "*son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos*" (Sentencia Nº 118/2012, c.6º).

22. Así, el diseño de las bases de una licitación puede ser objeto de escrutinio por parte de este Tribunal, pues existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida o que se tienda a ello (cfr. Sentencia Nº 138/2014, c.13º).

23. Para efectos de dicho escrutinio, se debe tener presente que el interés público protegido en esta sede es la libre competencia en el mercado. Luego, para concluir la existencia de una afectación a esta última, no basta con acreditar que las bases de la Subasta que se analiza contienen elementos arbitrarios o discriminatorios que podrían subsanarse con un mejor diseño, sino que debe demostrarse que tales elementos o su omisión conllevan una infracción a las reglas de defensa de la competencia. Así, se ha fallado que "*el incumplimiento de la obligación especial que le asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos 'no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3º del Decreto Ley Nº 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar'*" (Resolución Nº 50/2017, §60, citando la Sentencia 114/2011, c.35º). Asimismo, se ha sostenido que lo exigido al Estado es la mantención de condiciones mínimas de rivalidad, que se traducen en impedir que el actuar de la autoridad: "*(i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases*" (Sentencia Nº 138/2014, c.17º).

24. En el caso de autos, estamos frente a una subasta que tiene por objeto el otorgamiento de un título habilitante no exclusivo para desarrollar una determinada actividad económica, en este caso la extracción de un recurso natural, que se encuentra regulada y limitada en función de consideraciones de política pública. La Subasta sólo se refiere a una porción –un 5%– de la llamada fracción industrial de la cuota global de captura de merluza común, que –a su vez– representa sólo un 3% de esta; y, asimismo, la porción subastada se adjudica en bloques. Adicionalmente, las LTP clase B subastadas, como su denominación indica, son transferibles con posterioridad, por lo que podrá existir un mercado secundario a su respecto. Es bajo estas consideraciones que debe analizarse la pretensión de las Consultantes.

G. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE LAS CONSULTANTES

25. Conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 18 del D.L. Nº 211, corresponde a este Tribunal "*conocer (…), los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*".

26. En consecuencia, y sin perjuicio del impacto que la pesca ilegal pueda tener en un análisis competitivo en la pesca de la merluza común, este Tribunal ve limitada su competencia a la determinación de si las bases de la Subasta infringen o pueden infringir el D.L. Nº 211. Por lo mismo, no corresponde, en el marco de este procedimiento, efectuar consideraciones respecto de los distintos regímenes regulatorios que afectan a la pesca artesanal y la pesca industrial, o a los efectos y consecuencias que se siguen de la existencia de cargas regulatorias asimétricas entre los distintos agentes que operan en el mercado.

27. Tampoco corresponde, dentro del marco de este procedimiento, cuestionar la interpretación que la autoridad administrativa competente haga de la normativa que afecta a esta actividad económica en cuanto no suponga una afectación de la libre competencia. En otras palabras, no corresponde a este Tribunal referirse a la interpretación que realiza la Subpesca de la LGPA en relación con la posibilidad de que una misma embarcación capture merluza común con cargo a la cuota artesanal y a una LTP clase B, como ha sido cuestionado por las Consultantes; así como tampoco al beneplácito otorgado por ese organismo estatal a la autocontratación por armadores artesanales para la cesión de toneladas adjudicadas en subastas, según ha sido sostenido por Sonapesca.

28. Las Consultantes afirman que las bases de la Subasta omiten considerar los efectos de la pesca ilegal de merluza común en las condiciones de competencia de la Subasta. Como se ha expuesto, sostienen que la pesca ilegal de merluza común sería realizada principalmente por una parte del sector artesanal, lo que se explicaría por la asimetría regulatoria entre esta (en especial, en relación con naves de eslora menor a 12 metros, que representan un 88% de las embarcaciones artesanales inscritas en esta pesquería, según se indica en el Plan de Manejo de la Pesquería de Merluza Común que rola a fojas 280) y la pesca industrial,

por la dificultosa fiscalización de los desembarques efectuados por los pescadores artesanales.

29. Luego, los Consultantes sostienen que la pesca ilegal distorsiona la igualdad entre los proponentes de cara a la Subasta, pues los pescadores artesanales tendrían una disposición a pagar por cada lote sustancialmente mayor, al incorporar en su decisión la posibilidad de capturar varias veces las toneladas que formalmente le podrían ser asignadas. Un segundo elemento distorsionador de la competencia, conforme indican las Consultantes, sería el hecho de que la pesca ilegal no paga el impuesto al valor agregado. Un tercer elemento, que aparece menos destacado en el texto, es la afirmación de que la posibilidad de los pescadores artesanales de acceder a parte de la fracción industrial por medio de la Subasta conduzca a un aumento "explosivo" de esa flota, lo cual resultaría en un aumento de la pesca ilegal.

30. Por tales razones, según las Consultantes, los efectos contrarios a la competencia se subsanarían incorporando a las bases de la Subasta medidas que eviten lo que denominan ambivalencia normativa, ya sea impidiendo a los armadores artesanales actuar bajo dos regímenes jurídicos distintos, o bien, equiparando sus obligaciones con aquellas que corresponden a los armadores industriales.

31. Según afirman las Consultantes, la principal causa de la prevalencia de la pesca ilegal es la asimetría regulatoria existente entre los pescadores artesanales e industriales. Adicionalmente, el impacto de la asimetría regulatoria en la prevalencia de la pesca ilegal de merluza común, según los propios dichos de las Consultantes, provendría de las dificultades que enfrenta Sernapesca para fiscalizar los desembarques realizados por pescadores artesanales.

32. Ante todo, cabe señalar que, en cualquier caso, la información disponible da cuenta de que parte del sector industrial también incurre en pesca ilegal de merluza común, aunque su relevancia en relación con la cuota de captura es proporcionalmente menor a la que se da en el sector artesanal y ha ido en disminución. En efecto, de acuerdo con el informe de Arancibia *et al*, acompañado a fojas 71, el sector industrial realizó capturas por cantidades que representaban entre 1,17 a 2,84 veces el desembarque anual correspondiente a la fracción in-

dustrial (que, a su vez, representa el 60% de la cuota global de captura), durante el período comprendido entre 1980 y 2015 (p. 205 del informe).

33. Enseguida, las peticiones de las Consultantes, basadas en la referida asimetría regulatoria, apuntan a incorporar en las bases de la Subasta obligaciones para los pescadores artesanales que se adjudiquen, o que exploten parte de la fracción industrial de la cuota global de captura, que faciliten su fiscalización, o bien, someterlos a un régimen análogo al aplicable a los pescadores industriales, pues de esta manera se aminoraría la posibilidad de que esos pescadores artesanales pudieran incurrir en pesca ilegal. En este sentido, pareciera que el objetivo de la Consulta, tal como fue indicado por Sonapesca en su aporte de antecedentes, es impedir que parte de la fracción industrial pueda ser explotada bajo el régimen regulatorio aplicable al sector artesanal. Esta última es una cuestión que no se relaciona directamente con un problema de libre competencia en el diseño de las bases de la Subasta, sino con un cuestionamiento más general al sistema regulatorio imperante.

34. Con todo, tal como se desprende de la información que ha sido acompañada en autos por las propias Consultantes y por los demás aportantes de antecedentes, la pesca ilegal de merluza común ocurre –y ha ocurrido– con independencia del régimen de licencias establecido por la LGPA y, por ende, de las eventuales reglas que, para precaverla, pudieran eventualmente imponerse en las bases de la Subasta.

35. En efecto, de acuerdo a la consulta, la pesca ilegal es un fenómeno que se arrastra por décadas y, aunque en los últimos años podría sostenerse que ha ido en aumento, de acuerdo con el informe de Arancibia *et al* (p. 191 de ese informe), no parece posible que la Subasta, incluso considerada en conjunto con las demás que deben realizarse de acuerdo a la LGPA, pudiera incidir de alguna forma en esa práctica, toda vez que quienes realizan pesca ilegal no se ven constreñidos por el hecho de participar en la Subasta. A ello se agrega que, tal como señala la FNE a fojas 154, la porción de la cuota global de captura afecta a la Subasta (y las demás que se realicen con posterioridad) difícilmente podría generar por sí misma cambios relevantes o incentivos inadecuados en el mercado, más aún si se compara ese porcentaje de la cuota global de captura con

las estimaciones que las propias Consultantes han presentado respecto de la pesca ilegal de merluza común.

36. Las Consultantes sostienen, además, que la posibilidad de pescar ilegalmente conllevaría una mayor disposición a pagar por los lotes subastados por parte de los pescadores artesanales, lo que afectaría las condiciones de competencia en la Subasta misma. Sin embargo, esa hipótesis tiene como premisa que quienes pescan ilegalmente requieren participar en la Subasta y obtener un título habilitante en ella para hacerlo, lo que, a todas luces, no es efectivo, pues como se ha dicho, la pesca ilegal ha ocurrido por años sin mediar subastas de por medio.

37. Por lo demás, al tratarse de hechos que se efectúan al margen de la ley y que son de dificultosa detección y fiscalización, parece un contrasentido que quienes los realicen, o pretendan realizarlos, se expongan públicamente participando en la Subasta. Adicionalmente, incluso asumiendo que esos agentes participasen de la Subasta, de ello no se sigue que vayan a tener una mayor disposición a pagar por los lotes que otros agentes, como sostienen las Consultantes, debido a que el título habilitante que podrían adjudicarse no les es necesario ni imprescindible para realizar la actividad ilícita de la cual extraerían rentas. En este mismo sentido se pronunció la FNE, en cuanto sostiene que el problema de la pesca ilegal no es inherente a la Subasta o a su diseño, sino a la fiscalización de la actividad (fs. 152).

38. A ello se agrega que la supuesta mayor disposición a pagar por los lotes contradice lo señalado en el informe de Subpesca utilizado como antecedente para la preparación de las bases de la Subasta, donde se afirma que "*[e]l sector artesanal, vinculado a la pesquería de Merluza común desconoce el proceso de subasta, es una actividad nueva para la mayoría de los actores* (sic) (…)*, actualmente no tiene contemplado entre sus costos la tenencia de cuota de Merluza común.* (…) *[L]a adquisición de una cuota de LTP clase B, significaría contemplar un costo adicional* (…)*, [d]ado lo anterior surge el supuesto que los actores del sector pesquero artesanal tendrán una baja participación, salvo la representatividad de la flota participe del RAE de Merluza común*" (Subsecretaría de Pesca, Informe Técnico DAS Nº 21-2018, Antecedentes para la Elaboración de las Bases Administrativas para la Subasta de Licencias Transables de Pesca, Clase B en la

Pesquería de Merluza común (*Merluccius gayi*) entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41°28,6' L.S., a fojas 295 y 295 vta.).

39. Por último, el contrafactual dado por los resultados de la Subasta tampoco da cuenta de que armadores artesanales hayan tenido una disposición a pagar por los lotes superior a actores que operan bajo el régimen industrial, ni se han aportado antecedentes en autos que den cuenta de distorsiones en los precios de adjudicación de los distintos lotes.

40. A mayor abundamiento, los armadores artesanales, para tener esa calidad, no requieren contar con una LTP clase B. Si bien es argumentable que no es equivalente el no contar con título habilitante alguno a contar con este y excederse en la cuota asignada, cabe señalar que, por la propia naturaleza transferible de las LTP, es posible acceder a tal título habilitante con posterioridad a la Subasta, sin que en ello tenga incidencia el diseño de las bases. Por tanto, aun si fuese correcto que los armadores artesanales que pretenden pescar ilegalmente tienen una mayor disposición a pagar por los lotes subastados, nada les impediría adquirir una licencia con posterioridad a la Subasta, en cuanto esa mayor disposición a pagar por el lote se mantendría.

41. Además, la alegación de las Consultantes contradice la declaración del señor Nelson Fernández R., acompañada por las propias Consultantes, quien sostiene que "*[o]tros pescadores artesanales ni siquiera tienen cuota para la merluza común, pero la extraen de todos modos*" (fs. 266). Así, el diseño de las bases de la Subasta sólo podría tener impacto en ese contexto en cuanto prohibiera o impidiera que la fracción industrial subastada fuese explotada bajo el régimen regulatorio aplicable a la pesca artesanal, lo que, como se dijo más arriba, corresponde a una definición regulatoria que excede el objeto de este proceso. Por lo demás, las mismas Consultantes, así como otros aportantes de antecedentes, reconocen que los pescadores artesanales ya pueden hacerse de las toneladas asignadas a industriales a través de cesiones totales o parciales reguladas en la ley (fs. 51 vuelta, 147 y 235).

42. Adicionalmente, como lo señaló la FNE, los resultados de la Subasta tampoco se avienen con la hipótesis sostenida por las Consultantes. En efecto, tal como señala ese organismo, en la Subasta participaron doce empresas, de las

cuales seis fueron Empresas de Menor Tamaño (EMT) que presentaron ofertas respecto de los lotes reservados para estas. Las adjudicatarias fueron seis empresas distintas, todas las cuales tenían interés directo en la extracción del recurso por cuenta propia, a lo que se agrega que todas ellas ya poseían una cuota de merluza común asociada a una LTP clase A en el año 2017 (fs. 159). Ante este hecho, las Consultantes solo ofrecen la declaración del señor Armando Cummins G., quien sostiene que en la Subasta de diciembre de 2018 participaron empresas crustaceras del norte del país, las que habrían tenido disposición a pagar precios muy altos, aventurando, sin respaldo en antecedentes de hecho, que en Subastas posteriores ese fenómeno no se repetiría y así aumentaría la probabilidad de adjudicación por parte de pescadores ilegales (fs. 264).

43. En consecuencia, no es posible establecer fundadamente la existencia de un riesgo para la competencia en subastas futuras que se rijan por bases similares a las bases de la Subasta.

44. Por el contrario, algunas de las medidas solicitadas por las Consultantes podrían tener efectos perjudiciales para la competencia en la Subasta, pues su implementación significaría aumentar los costos que enfrentan los pescadores o armadores artesanales para pujar por alguno de los bloques reservados para EMT en la Subasta.

45. Este efecto de aumento de costos es fácilmente apreciable respecto de la solicitud de establecer la obligación de instalar y mantener un sistema de posicionamiento satelital para todos y cada uno de los viajes, sea que involucren la fracción industrial o artesanal de la cuota, con el mismo reglamento y obligaciones de las naves industriales, lo que significaría que los armadores artesanales que utilicen botes de eslora inferior a 15 metros tendrían que asumir ese costo aun cuando regulatoriamente no estén obligados a ello. Adicionalmente, de acuerdo con la información recabada por la FNE, la imposición de esa obligación tuvo como objetivo el controlar que la flota industrial no ingresara a la zona de cinco millas reservada para la actividad artesanal, y no a un control de los desembarcos efectuados. Por ello, debiera previamente evaluarse su pertinencia para el control que las Consultantes desean ejercer, en circunstancias de que la Subpesca tenía objeciones a su imposición precisamente en función del costo que significaba para los pescadores artesanales (FNE, a fojas 156).

46. En consecuencia, si se acogiera lo solicitado por las Consultantes, incrementando el costo de desarrollo de la actividad por parte de armadores artesanales que se adjudicaran LTP clase B, mejoraría la posición de los armadores industriales en la Subasta, al desincentivar la participación de los artesanales sea que realicen o no pesca ilegal.

47. En suma, de los antecedentes acompañados en autos, no se advierte que el diseño de las bases de la Subasta al, supuestamente, no considerar la incidencia de la pesca ilegal en su elaboración, infrinja o pueda infringir las disposiciones del D.L. Nº 211, lo que hace impertinente referirse en extenso a cada una de las medidas específicas solicitadas por las Consultantes.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que no existen antecedentes en autos que permitan concluir que las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para la merluza común, aprobadas mediante Resolución Exenta Nº 4150, de 28 de noviembre de 2018, de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, infrinjan o puedan infringir las disposiciones del Decreto Ley Nº 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a la consultante y a los aportantes de antecedentes. Archívese en su oportunidad.
Rol NC N° 450-18.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. No firma el Ministro Sr. Eduardo Saavedra Parra, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

61 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 61/2020

(Causa Rol NC N° 458-19)

"Consulta de la Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. sobre la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, del Fondo Nacional de Salud"

Fecha dictación: 7 de abril de 2020.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Consultante: Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G.

Entidades que aportaron antecedentes: Fondo Nacional de Salud; Fiscalía Nacional Económica. Se recibieron, también, los antecedentes del Ministerio de Salud.

Objeto del proceso: Se solicita determinar si las bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, y sus anexos, contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases administrativas de manera que no infrinjan sus disposiciones.

Mercado afectado: Venta de medicamentos en el mercado minorista.

Resolución del Tribunal: Declaró que las Bases, objeto de la Consulta, no infringían las disposiciones del D.L. N° 211.

Recursos: No hay recursos pendientes.

Temas que trata: Facultad del Tribunal de revisar actos de la autoridad, ponderación entre objetivos de política pública y la protección de la libre competencia.

RESOLUCIÓN N° 61/2020

Santiago, siete de abril de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 458-19.
CONSULTANTE: Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G.
OBJETO: Se solicita determinar si las bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, y sus anexos, contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases administrativas de manera que no infrinjan sus disposiciones.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultante: Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. (la "Consultante" o "AFICH");

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:

a) Fondo Nacional de Salud; y
b) Fiscalía Nacional Económica.

3. Otros aportes de antecedentes:

a) Ministerio de Salud.

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

4. A fojas 46, AFICH solicitó a este Tribunal determinar si las Bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud y sus anexos, contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, en adelante

"las Bases", se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley.

5. En primer lugar, como antecedente de la consulta formulada, AFICH sostiene ser una asociación gremial constituida el año 2017, que agrupa farmacias independientes que sean propiedad de químicos farmacéuticos. Agrega que tiene por objeto fomentar el desarrollo de sus miembros en aspectos técnicos, comunicacionales, legales, de bienestar, entre otros, así como la realización de actividades educativas, culturales, turísticas, de capacitación, inversión y recreación. Por ello, AFICH tiene legítimo interés en este procedimiento.

6. En cuanto a la licitación objeto de la consulta, AFICH describe que su finalidad es la contratación de establecimientos del área farmacéutica que permitan a los beneficiarios de Fondo Nacional de Salud disminuir su gasto, definiendo un vademécum de medicamentos de alto consumo para proporcionarles un precio preferencial. Sin embargo, acusa que el diseño de la licitación se enfoca en favorecer la participación, como oferentes, de tres grandes cadenas de farmacias, dejando fuera a las farmacias independientes o populares, por las siguientes razones:

6.1. En primer lugar, respecto de la cobertura geográfica de la licitación, la Consultante señala que dicha licitación comprende todo el territorio nacional, dividiéndolo en cinco macrozonas, a saber: zona norte (Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama, con 7,4% de beneficiarios); zona centro norte (Coquimbo y Valparaíso, con 14,9% de beneficiarios; zona centro (Metropolitana y Libertador Bernardo O´Higgins, con 43,3% de beneficiarios); zona centro sur (Maule, Ñuble y Biobío, con 18,5% de beneficiarios) y zona sur (Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, de Aysén y de Magallanes, con 15,9% de beneficiarios). Indica que el oferente solo puede participar por una macrozona o por todas (no por dos o por tres) y que, además, deberá presentar un listado de todos los locales que estarán disponibles al momento de ponerse en funcionamiento el contrato. Conforme con las Bases, se asigna el mayor puntaje a quien tenga presencia en todas las comunas de la zona y la ponderación de la oferta de cobertura es de un 18%. La Consultante afir-

ma que, dado que las macrozonas comprenden varias comunas (en algunas más de 50), esta condición de las Bases se traduce en una barrera de entrada para las farmacias independientes. Añade que, si bien se contempla la posibilidad de participar en una "Unión Temporal de Proveedores" ("UTP"), ello no sería practicable por los altos costos de coordinación que conlleva.

6.2. En segundo lugar, AFICH cuestiona las incompatibilidades que contemplan las Bases, pues estas establecen que no pueden participar las personas jurídicas que hayan sido condenadas a la pena de prohibición temporal o perpetua para celebrar actos y contratos con los organismos del Estado por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho, de acuerdo a la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica ("Ley N° 20.393"). Sin embargo, se omite que el año 2018 se incluyeron cuatro delitos que también conllevan la responsabilidad penal de la empresa, estos son la negociación incompatible, la corrupción entre privados, la apropiación indebida y la administración desleal. Afirma que las Bases no pueden discriminar entre unos y otros delitos.

6.3. En tercer lugar, AFICH afirma que, en forma complementaria a los descuentos que debe ofrecer el adjudicatario, el proveedor deberá: (i) contar con reportes y rastreos de las ventas realizadas a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud; (ii) contar con el registro y validación de la receta médica, para lo cual debe disponer de una cartola de consumo individual, con el detalle de las compras y la indicación de la fecha, farmacia, producto y precio, entre otros antecedentes. Tal cartola deberá actualizarse diariamente y estar disponible de manera segura a través del sitio web del oferente, también debe brindar acceso restringido al beneficiario y al adjudicatario, para que el primero pueda conocer la utilización del beneficio y, el segundo, pueda acceder a información sobre el uso del beneficio respecto de la totalidad de los beneficiarios del contrato; (iii) proporcionar información del total de las transacciones de los asegurados del Fondo Nacional de Salud, ya sea de los medicamentos que forman parte de esta licitación o de otros productos no contemplados en ella. AFICH sostiene que una farmacia de barrio no cuenta con los medios económicos para cumplir con todos es-

tos servicios complementarios y, en caso de participar en una UTP, la coordinación de los sistemas informáticos entre cincuenta o más farmacias es irrealizable. En razón de lo anterior, afirma que dicha exigencia constituye una barrera de entrada artificial.

6.4. En cuarto lugar, la Consultante sostiene que las tres principales cadenas de farmacia concentran el 85% del mercado de venta de medicamentos en Chile, por lo que resulta evidente que aquellas optan por descuentos según volúmenes de compra en distintos laboratorios proveedores, descuentos a los que las farmacias independientes no pueden optar. De allí que resulte que, en la competencia por la oferta económica, cuya ponderación corresponde a un 80%, las cadenas puedan ofrecer precios más baratos. Asimismo, señala que es conocido que dichas cadenas están integradas con laboratorios farmacéuticos para la producción de medicamentos. AFICH sostiene, además, que según diversos estudios la existencia de integración vertical laboratorio-farmacia y la producción de medicamentos genéricos de marca explica el 41% del mercado de prescripción nacional con precios ostensiblemente mayores que los medicamentos genéricos bioequivalentes que abastecen el 45% del mercado. De lo anterior, se concluye que un volumen importante de las ventas de las cadenas corresponde a productos llamados "genéricos de marca", los que son de producción propia. En virtud de lo anterior, AFICH cuestiona cómo Fonasa considera que las farmacias independientes podrán competir contra las cadenas.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

7. A fojas 57, el 8 de agosto de 2019, se dio inicio al proceso de consulta de autos con el objeto de determinar si las Bases consultadas se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases, de manera que no infrinjan sus disposiciones ("Consulta").

8. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica, al Ministerio de Salud, a la Superintendencia de Salud y al Fondo Nacional de Salud, a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde

la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1 del artículo 31 del D.L. N° 211.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

9. A fojas 124, el 27 de septiembre de 2019, el Fondo Nacional de Salud ("Fonasa") aportó antecedentes señalando que las Bases tienen por objeto brindar acceso a mejores precios a sus afiliados cuyo perfil es, en general, personas de menores ingresos y que suelen pagar más por sus medicamentos. Afirma que para su diseño se tuvo en consideración que las decisiones del sector público pueden afectar la industria en cuestión, razón por la cual se adoptaron diversos mecanismos para promover la libre competencia, evitar comportamientos colusivos y propender a mejores niveles de eficiencia en la licitación, sin perder el objetivo de la política pública.

10. A continuación, se pronunció sobre las observaciones planteadas en la Consulta señalando, en primer lugar, que resulta crucial para los objetivos de esta política pública que el beneficio llegue a la mayor población posible, por lo que la cobertura geográfica de la oferta es un valor esencial, dado que se requiere que los afiliados puedan acceder al beneficio independientemente del lugar del país donde se encuentren. Señala que, al identificarse la dificultad de algunos oferentes de participar, se incluyó la posibilidad que formaran una UTP, lo que, si bien implica costos de coordinación, es una alternativa razonable para subsanar dicho problema sin afectar el objetivo de política pública que se intenta alcanzar. Agrega que los criterios de la licitación se ajustan al reglamento de Compras Públicas (D.S. N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprobó el Reglamento de la ley Nº 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios), el cual, si bien no es aplicable en este caso, pues se trata de un convenio a título gratuito, sirve de marco de referencia objetivo para evaluar la no afectación de los principios de igualdad ante las bases y de la libre concurrencia. Añade que las Bases, también, contemplan la posibilidad de que las farmacias que no se adjudiquen el convenio se puedan adherir a este, existiendo condiciones favorables para las farmacias de menor tamaño. Por último, señala que la evaluación de la cobertura geográfica solo analiza la presencia de las farmacias y no el número de locales, a diferencia de la interpretación que hace la Consultante.

11. En segundo lugar, sobre los eventuales problemas respecto de la división geográfica y restricciones a las ofertas, Fonasa afirma que la división se justifica en su distribución y organización estructural, lo que facilita la gestión, la fiscalización y la ejecución del convenio. Por su parte, las restricciones a las ofertas tienen por objetivo disminuir el riesgo de conductas coordinadas por las cadenas, ya que impide que las tres cadenas principales se repartan las macrozonas. Por su parte, la obligación de ofertar igual precio preferente por cada zona hace imposible que estas compitan por todas ellas y finalmente, la diferencia de tamaño de las zonas y la restricción de asignación hace atractivo el desvío desde cualquier potencial acuerdo.

12. En tercer lugar, respecto de la falta de enunciación de delitos actualmente contemplados en la Ley N° 20.393 en la parte relativa a las incompatibilidades para participar en la licitación, Fonasa aclara que las Bases excluyen de participar a quienes tengan alguna incompatibilidad relacionada con condenas por delitos consagrados en dicha ley y que se mencionan una serie de delitos sin que esta enunciación sea indicada como taxativa. Sostiene que es evidente que el Estado no puede contratar con un oferente que no cumpla con la ley vigente, por lo que es ineludible que las modificaciones legales sucesivas a dicha ley, que consagran otros delitos que tengan como sanción la prohibición de contratar con el Estado, tengan efecto de pleno derecho y sean de aplicación inmediata.

13. Respecto de las exigencias tecnológicas que debe cumplir el adjudicatario, los denominados servicios complementarios, Fonasa indica que se trata de servicios esenciales para la ejecución de un convenio de este tipo, en cuanto permite la validación de la identidad del beneficiario, evitando el mal uso del beneficio, así como la degradación de su valor económico. Además, los sistemas integrados entregan información relevante para que Fonasa pueda llevar a cabo su rol como asegurador público, buscando no sólo cumplir objetivos de la presente política pública sino también entregar insumos para el correcto diseño de otras políticas públicas. Añade que dichas exigencias permiten el registro de las transacciones y no corresponden a barreras de entrada ni son un servicio que ofrece un solo proveedor, además, se contemplan –para las farmacias de menor tamaño– mecanismos adicionales para ser parte de la red de proveedores preferentes y la posibilidad de implementar gradualmente los servicios com-

plementarios exigidos, precisamente para incentivar su participación. Agrega que, atendido el objetivo de lograr la mayor participación de postulantes posible, no se definió de manera previa el contenido ni los montos involucrados en el plan de difusión que contemplan las Bases, de modo que puedan participar los establecimientos de menor tamaño o sin recursos suficientes.

14. En cuanto a las características de la industria, Fonasa señala que no se puede pretender que, mediante un instrumento limitado como una licitación, se corrijan las eventuales falencias o deficiencias de una industria. Añade que la Consultante señala no poder competir porque no puede proponer mejores ofertas que las cadenas; sin embargo, dicho argumento no tiene relación con el diseño de las Bases. Indica que las características del mercado son un dato para Fonasa, en virtud del cual estableció una serie de mecanismos para minimizar riesgos anticompetitivos y cumplir con el objetivo de política pública.

15. Finaliza señalando que cada reparo respecto de las Bases tiene su justificación técnica y legal sólida, ponderando distintos objetivos y tomando los resguardos posibles en cuanto a la protección de la libre competencia, por lo que aseguran que Fonasa actuó en el marco legal. Como consideraciones finales, Fonasa entiende que, si bien es necesario ponderar los objetivos de política pública sectorial y la protección de la libre competencia, la doctrina ha manifestado que debe existir un grado mayor de deferencia respecto de la autoridad administrativa en atención a que la administración persigue una serie de objetivos de distinta naturaleza y que su ponderación tendrá siempre elementos discrecionales. Señala que, aunque la discusión es sobre el diseño de Bases, el resultado de esta licitación da cuenta de que las propuestas fueron muy agresivas llegando a un descuento promedio del 30%. Añade que se adoptaron todas las medidas pertinentes para conseguir una licitación que no discrimine arbitrariamente a los competidores; que sea objetiva y transparente; y que asegure mínimos de rivalidad. Por último, arguye que los intereses de la Consultante no están necesariamente alineados con los de los beneficiarios de una competitiva implementación de la licitación, que son los usuarios de Fonasa, y que AFICH intenta deslegitimar una licitación con evidentes beneficios para catorce millones de personas.

16. A fojas 142, el 14 de octubre de 2019, la Fiscalía Nacional Económica ("Fiscalía" o "FNE") aportó antecedentes describiendo en primer lugar la Consulta y detallando los elementos más relevantes de las Bases.

17. La FNE indica que el objetivo de la política pública impulsada por Fonasa consiste en disminuir el gasto de bolsillo de sus beneficiarios, respecto de un listado amplio de más de dos mil medicamentos que requieren receta médica, con una cobertura geográfica que comprenda la mayor cantidad posible de usuarios de Fonasa y con garantías de stock. Añade que la evaluación de la licitación, desde la mirada de protección a la libre competencia, requiere tener presente el objetivo de política pública antes descrito.

18. Respecto al estado de la licitación, la FNE señala que el 4 de septiembre de 2019, Fonasa desestimó la propuesta de Salcobrand por las cinco macrozonas contempladas en la licitación y adjudicó a Ahumada la zona central, declarando desierta la licitación respecto de las demás macrozonas. Luego, el 10 de septiembre de 2019, Fonasa dictó la Resolución Exenta 3G N° 79, que aprobó las bases administrativas, técnicas, y sus anexos, y llamó a una licitación pública complementaria de la licitación objeto de la Consulta, para adjudicar las cuatro macrozonas pendientes. La FNE sostiene que dicha licitación complementaria contempla modificaciones respecto a los criterios de evaluación, número de medicamentos, condiciones para la adhesión al convenio y para los servicios complementarios.

19. A continuación, la FNE señala que los beneficiarios de Fonasa corresponden aproximadamente a 14.200.000 personas, las que acceden a las prestaciones de salud mediante dos modalidades. La primera, es la modalidad libre elección en la cual el costo de las prestaciones no depende del ingreso de las personas sino del convenio que Fonasa posee con el centro de salud; y, la segunda, es la modalidad de atención institucional, en la cual el porcentaje de bonificación depende del ingreso de las personas. Explica que en la modalidad de atención institucional un importante porcentaje de beneficiarios adquieren sus medicamentos de manera gratuita o con un porcentaje alto de copago. Sin embargo, existe un alto número de beneficiarios que se atienden mediante la modalidad de libre elección (aproximadamente 11 millones de usuarios, los que

pertenecen a los tramos B, C o D), por lo que adquieren los medicamentos del canal *retail*, esto es mediante farmacias y almacenes farmacéuticos. Con todo, afirma que ni Fonasa ni las farmacias cuentan con información precisa acerca del volumen de beneficiarios que compran en el canal *retail*.

20. Respecto a la industria de medicamentos, señala que éstos tienen diversas clasificaciones, entre ellas: (i) medicamentos éticos, que requieren prescripción médica, y medicamentos populares o de venta directa, los que no requieren prescripción médica; (ii) medicamentos innovadores, los que se encuentran protegidos bajo patente de invención, y medicamentos genéricos, que son copia de medicamentos innovadores que pueden entrar al mercado una vez que finaliza la protección de la patente. Añade que la licitación objeto de la Consulta solo considera medicamentos éticos, que corresponden a un 65% del total de ventas de medicamentos en farmacias, considerándose dentro de dicho conjunto tanto medicamentos genéricos como innovadores.

21. Sostiene que el mercado en que incidiría la licitación es el de venta de medicamentos en el canal *retail*. En dicho mercado se distinguen tres tipos de farmacias: (i) las cadenas, (ii) las independientes y (iii) las populares. Señala que las cadenas de farmacias concentran la mayor parte de las ventas (cerca de un 88%), las se ubican, principalmente, en zonas altamente pobladas y tienen mayor presencia en comunas de altos ingresos. Por su parte, las farmacias independientes están muy atomizadas y, pese a significar en número más de la mitad de las farmacias en el país, ellas, junto a las farmacias Dr. Simi y las populares, alcanzan solo un 12% de las ventas.

22. En cuanto a los modelos de aprovisionamiento de las farmacias, las independientes se abastecen a través de droguerías; por su parte, las cadenas Ahumada y Salcobrand tienen sistemas de distribución cerrados y negocian directamente con laboratorios y algunas droguerías, mientras que la cadena Cruz Verde realiza compras a Socofar, su droguería relacionada. Por último, indica que las farmacias populares compran a la Central Nacional de Abastecimiento ("Cenabast").

23. Respecto a la licitación, la FNE analiza cuatro supuestos para evaluar la posibilidad de que las farmacias independientes participen en ella. En primer

lugar, estudia si las farmacias independientes podían participar en la licitación de manera autónoma y concluye que, respecto de la cobertura y stock de medicamentos, las farmacias independientes enfrentaban desventajas competitivas para presentar las ofertas de manera autónoma. Asimismo, respecto de los servicios complementarios, la Fiscalía señala que, para evaluarlos, es relevante analizar si dichos servicios resultan esenciales para cumplir la finalidad señalada por Fonasa, la que ha concluido que sí lo son.

24. En segundo lugar, la FNE revisa si dichas farmacias podían participar presentando ofertas como una UTP y señala que constató dificultades, especialmente respecto de la posibilidad de ofertar el stock de medicamentos objeto de la licitación y dar cumplimiento a los servicios complementarios. Sostiene que la UTP exige que las farmacias se coordinen tanto en la oferta de medicamentos como en los precios a ofrecer, pese a que cada una de las farmacias que la compondrían tienen diferentes costos de aprovisionamiento y de stock de medicamentos. Además, en la UTP se debe pactar la solidaridad ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio, lo que genera desincentivos a la participación conjunta de farmacias independientes, pues todas pueden ser responsables de la falta de stock de un producto en una de ellas.

25. En tercer lugar, la Fiscalía evalúa si las farmacias independientes podían participar en la licitación adhiriendo al convenio adjudicado y, en particular, revisa si éstas podrían replicar el precio de la oferta adjudicada en medicamentos genéricos e innovadores. Al respecto, sostiene que no queda claro en la licitación el modo en que se unificarían los servicios complementarios ni las multas por incumplimiento. Añade que tampoco es claro el beneficio que le reportaría a las farmacias independientes adherirse al convenio, pues estas deberán, por una parte, ajustarse a los precios de la oferta adjudicada, a pesar de no contar con los mismos descuentos por volumen, y por otra, deben cumplir con el stock de medicamentos, exponiéndose a multas cuyos montos son relevantes para algunas farmacias independientes. Además, indica que la capacidad e incentivos que tendrían las farmacias independientes para adherirse al convenio dependerá del mix de productos que deban tener, considerando especialmente la cantidad de medicamentos genéricos, pues respecto de estos pueden replicar los precios de las cadenas.

26. Finalmente, la Fiscalía revisa si las farmacias independientes podían participar en la licitación celebrando convenios en las comunas donde el adjudicatario no cuente con locales. Al respecto, comprueba que en la licitación no se establece cómo Fonasa elegirá a las farmacias disponibles para estos convenios ni tampoco queda claro el beneficio que obtienen las farmacias independientes, pues en estos casos se mantiene el precio ofertado por la adjudicataria, pese a los distintos costos de aprovisionamiento y a las dificultades de cumplir con el stock que puedan tener las farmacias independientes.

27. En otro orden de materias, la FNE indica que del análisis de la licitación se observa que existieron dudas de interpretación y dificultades para presentar las ofertas, lo que habría generado desincentivos para participar en ella. En particular, señala que se presentaron dudas de interpretación respecto del número mínimo de especialidades farmacéuticas a ofertar para que se declare admisible la oferta; las cláusulas de igualación del precio; y los vademécums de medicamentos exigidos por Fonasa. Por su parte, señala que se generaron dificultades respecto al plazo de presentación de las ofertas en la licitación y al contenido del plan de difusión.

28. A modo de conclusión, la FNE sostiene que, para evaluar la licitación desde la mirada de la protección a la libre competencia, se requiere tener presente el objetivo de política pública explicitado por Fonasa. Da cuenta que, según su investigación, existieron factores que limitaron la participación de las farmacias independientes, algunos relacionados con el diseño de la licitación y otros con las condiciones de competencia estructurales de la industria. Señala que los primeros, esto es, aquellos que se relacionan directamente con el diseño de las Bases, se encuentran justificados en los objetivos de política pública declarados por Fonasa, atendida la necesidad de obtener una adecuada cobertura geográfica y disponibilidad de medicamentos para sus beneficiarios ubicados en las distintas comunas del país. Además, agrega que, mediante las modificaciones que se observan en la licitación complementaria incorporadas por Fonasa para permitir la participación de las farmacias independientes, se han resuelto o disminuido las desventajas observadas.

29. Finalmente, a fojas 227, la FNE aportó antecedentes adicionales respecto de dicha licitación complementaria.

30. A fojas 214, el 18 de octubre de 2019, el Ministerio de Salud ("Minsal") aportó antecedentes encontrándose fuera de plazo. El Tribunal decidió recibir dichos antecedentes y agregarlos al expediente. Sin embargo, resolvió que, conforme con lo dispuesto en el artículo 31 número 3 del Decreto Ley N° 211, el Minsal no podría participar de la audiencia pública en estos autos.

31. El Ministerio de Salud afirma que todos los antecedentes dan cuenta que el llamado a participar en la licitación fue dirigido a todos los establecimientos del área farmacéutica autorizados para expender medicamentos del país. Lo anterior, afirma, se ve reforzado con permitir el mecanismo de UTP y los convenios de adhesión.

32. Sostiene que la convocatoria de Fonasa cumple con los estándares técnicos que aseguran la libre concurrencia de los interesados, descartándose la imposición de exigencias que pudieren limitar u obstaculizar el acceso a potenciales oferentes.

33. Respecto a la falta de enumeración de delitos actualmente vigentes en la Ley N° 20.393, sostiene que el listado no es taxativo y que, en cualquier caso, se debe considerar la referencia a la pena de prohibición absoluta de contratar con el Estado, que es la que impedirá que puedan celebrar el contrato quienes hayan sido sancionados por los delitos contenidos en dicha ley.

34. En cuanto a lo sostenido por la Consultante respecto a que las farmacias de barrio no tendrían los medios económicos para cumplir con los servicios complementarios, el Minsal afirma que los servicios complementarios son indispensables para supervigilar el cumplimiento de los contratos adjudicados y que, respecto de las empresas de menor tamaño, se contempla una gradualidad para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con tales servicios.

35. Respecto al argumento que las cadenas podrían presentar mejores ofertas económicas atendido su participación en el mercado, señala que las Bases contemplan medidas para incentivar la participación de todos los oferentes. En primer lugar, la exigencia de la presentación de una oferta nacional para limitar la capacidad de coordinación, así como la exigencia de ofertar a una zona

para incentivar participación de farmacias independientes. En segundo lugar, las Bases contemplan la adjudicación de un máximo de tres zonas, o dos si una de ellas es la zona central. Lo anterior tiene como objetivo evitar que un solo establecimiento obtenga mayor poder de mercado sobre otros, y en los nuevos procesos licitatorios, permitir la alternancia de los establecimientos del área farmacéutica en las macrozonas, a fin de evitar la concentración de la oferta.

36. Finalmente, indica que la distribución de las zonas licitadas tuvo por objetivo lograr un óptimo en la fiscalización de la ejecución de los contratos ya que replica la estructura organizacional de Fonasa, la que no es antojadiza, sino que está establecida para facilitar la prosecución de fines institucionales, de administrar los recursos financieros del sector salud, mejorar la calidad de atención de los asegurados, entre otras de su competencia.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

37. A fojas 221 consta la citación a la audiencia pública para el 11 de diciembre de 2019, a las 9:30 horas. El 8 de noviembre de 2019, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a fojas 222, mientras que la publicación en la página web del Tribunal se realizó el 23 de octubre del mismo año.

38. En la audiencia pública, como consta a fojas 242, intervinieron los apoderados de la Consultante, del Fondo Nacional de Salud y la Fiscalía Nacional Económica, ambos aportantes de antecedentes a la causa.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. LO CONSULTADO

1. La AFICH ha solicitado un pronunciamiento respecto de si las Bases, objeto de esta Consulta, se ajustan a las disposiciones del D.L. Nº 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en ellas de manera que no infrinjan las disposiciones del referido decreto ley. En relación con el estado de la licitación consultada, consta en el expediente que el 4 de septiembre de 2019 Fonasa adjudicó a Farmacias Ahumada la zona central y que se

desestimó la oferta de Salcobrand para todas las zonas de la licitación. En consecuencia, declaró desierta la licitación respecto de las demás zonas licitadas. De acuerdo con lo dispuesto en las Bases, el contrato celebrado entre Fonasa y Farmacias Ahumada tiene una duración de dos años y puede ser renovado una única vez hasta por un período máximo de un año, siempre que ello sea estrictamente necesario o existan motivos fundados para ello.

2. Según da cuenta la parte expositiva, la Consultante sostiene que las siguientes disposiciones de las Bases generarían riesgos para la libre competencia al favorecer, a su juicio, la participación como oferentes de las tres grandes cadenas de farmacias, excluyendo la participación de farmacias independientes o populares (fs. 50): (i) la distribución de la licitación en cinco macrozonas y la evaluación del criterio de cobertura geográfica; (ii) la omisión de incluir ciertos delitos dentro de las inhabilidades que podrían tener los interesados, los que se encuentran indicados en la Ley N° 20.393; y (iii) las obligaciones derivadas de servicios complementarios exigidos por Fonasa. Asimismo, agregan otros dos elementos que no habrían sido previstos en las Bases y que podrían producir riesgos anticompetitivos al favorecer directamente a las cadenas de farmacias, a saber, las ventajas de costos que éstas tienen por sus volúmenes de compra a laboratorios y las integraciones verticales de estos últimos con las grandes cadenas de farmacias.

B. ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

3. Antes de entrar al fondo de lo consultado es necesario tener presente una serie de criterios que ha establecido tanto la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema relativa a los actos de los órganos de la Administración del Estado.

4. En primer lugar, que la competencia de esta magistratura es amplia y general para juzgar dichos actos. Como se citó en dos recientes resoluciones dictadas en asuntos no contenciosos, las "*normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurran al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si*

ha tenido lugar alguna infracción (CS, rol N° 61/2010, de 28 de enero de 2011, c.6)" (Resoluciones N° 58/2019 y N° 60/2019).

5. En segundo lugar, se ha dictaminado que dentro de los actos de los órganos de la Administración del Estado que son susceptibles de ser juzgados en esta sede –sea a través de un procedimiento contencioso como uno no contencioso–, están las cuestiones relativas a bases de licitación pública, toda vez que las licitaciones "*son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos*" (Sentencia N° 118/2012, c.6°).

6. Más precisamente, también de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se ha establecido que el ámbito en que se pueden resolver consultas sobre las bases de una licitación dice relación, fundamentalmente, con el diseño de las mismas, pues existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida o que se tienda a ello (Sentencia N° 138/2014, c.13°). Como se verá, los cuestionamientos que formula la Consultante sobre ciertas disposiciones de las Bases dicen relación, precisamente, con su diseño, razón por la cual no cabe duda alguna sobre la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre esta materia.

7. Por último, también la jurisprudencia sobre esta materia ha señalado que el análisis de esta clase de actos debe realizarse teniendo presente los objetivos que tuvo a la vista la autoridad que los dicta. En otras palabras, de lo que se trata es de "*ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha cometido una infracción a la misma*" (Sentencia N° 138/2014, c.14°). Así, en esa ponderación, se ha entendido que las bases de una licitación pública deben asegurar "*la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables (véase, por ejemplo, Giorgio Monti, EC Competition Law, Cambridge University Press, 2007, p. 22; y Richard*

Whish, Competition Law, OUP, 6a ed., p.3)" (Sentencia N° 138/2014, c.16°). Por último, en la ya citada Sentencia N° 138/2014 se señaló expresamente en qué se traducía mantener estas mínimas condiciones de rivalidad en el caso del diseño de bases de licitación, señalando que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a ello, aquellas disposiciones que: (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases (c.17°).

8. Lo expuesto precedentemente se traduce, en este caso, en dilucidar si las exigencias contenidas en las Bases, cuestionadas por la Consultante, se encuentran justificadas en el cumplimiento de objetivos de política pública que persigue Fonasa, y si dichas exigencias permiten mantener condiciones mínimas de rivalidad en el mercado, en los términos antes indicados.

9. Una vez aclarado el ámbito de competencia de este Tribunal sobre las materias consultadas, la resolución de este asunto seguirá el siguiente orden: (i) en primer término, se describirán sucintamente las principales cláusulas de las Bases cuestionadas por la Consultante; (ii) luego, se exponen las razones de política sectorial que tuvo presente la autoridad, en este caso Fonasa, al momento de diseñar las Bases; y (iii) por último, se analizan los cuestionamientos de la Consultante sobre ciertas disposiciones de las Bases desde el punto de vista de la libre competencia, considerando los objetivos de política sectorial perseguidos por la autoridad.

C. ASPECTOS DE LAS BASES CUESTIONADOS POR LA CONSULTANTE

10. En términos generales, las Bases se refieren a tres ámbitos: a la licitación misma, a la evaluación de las ofertas y la adjudicación, y al contrato una vez adjudicada la licitación. A continuación, se revisarán los ámbitos de las Bases relacionados con los cuestionamientos de la Consultante.

C.1. Objeto de las Bases

11. Respecto al objetivo de la licitación, las Bases señalan que es la contratación de establecimientos del área farmacéutica que permitan a los beneficiarios de Fonasa disminuir el gasto de bolsillo en salud, en particular aquel destinado a la adquisición de medicamentos, definiendo para ello un vademécum de medicamentos de alto consumo a fin de ofrecerlos a un precio preferencial. Se dispone expresamente que el contrato que suscriba Fonasa y los adjudicatarios será a título gratuito, y que ello es un elemento esencial de dicho vínculo.

C.2. Participantes e incompatibilidades

12. Las Bases también regulan quienes pueden participar y las incompatibilidades, estableciéndose que podrán participar de la licitación personas naturales o jurídicas, de manera individual o mediante UTP (fs. 3). Para participar como una UTP, se debe adjuntar un documento que formalice dicha unión, el que debe contener, al menos, la responsabilidad solidaria entre las partes respecto de las obligaciones que deriven de la licitación, el nombramiento del representante o apoderado común y su vigencia, la que no puede ser inferior a la duración del contrato celebrado con Fonasa (fs. 10). Mientras que, entre las incompatibilidades, se encuentra la imposibilidad de adjudicar el contrato a personas jurídicas que hayan sido condenadas a la pena de prohibición temporal o perpetua de celebrar actos o contratos con los organismos del Estado por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho, de acuerdo a la Ley N° 20.393 (fs. 3).

13. De acuerdo con las Bases, sólo pueden participar como oferentes de esta licitación los almacenes farmacéuticos y farmacias que estén autorizados para el expendio de productos farmacéuticos.

C.3. Requisitos de las ofertas y criterios de adjudicación

14. En cuanto a las ofertas, las Bases señalan que éstas deben contener los antecedentes legales y administrativos del oferente, su propuesta de cobertura geográfica y la propuesta económica. Respecto a la propuesta de cobertura geográfica, se establece que se deberá presentar una nómina con todos

los establecimientos incluidos en su propuesta y deberán ofertar, al menos, un establecimiento por cada región que forma parte de la zona licitada a la que se postula (fs. 10). Por su parte, respecto de la propuesta económica, las Bases establecen que se debe indicar un precio de lista y el precio ofertado para cada una de las especialidades farmacéuticas incluidas en la oferta. Asimismo, señalan que, si un oferente no indica en su propuesta económica el precio ofertado de alguna de las especialidades farmacéuticas, solo para la evaluación de esta se completará dicha información considerando que el precio ofertado corresponde al precio equivalente a 1,3 multiplicado por el precio más alto ofertado por los demás oferentes. Esta regla se aplica a un máximo del 10% de las especialidades médicas incluidas en la propuesta económica, por lo que, si no se indica el precio ofertado para más de un 10% de las especialidades médicas incluidas en su oferta, la postulación será declarada inadmisible (fs. 11).

15. En cuanto a los criterios de la evaluación, las Bases señalan que la oferta económica pondera un 80%, la cobertura geográfica un 18% y el cumplimiento de requisitos formales un 2% (fs. 13). Por su parte, se señala que la propuesta que obtendrá la adjudicación en cada zona licitada, será aquella que minimice el valor total de los distintos criterios ponderados, obteniéndose un valor total para cada zona licitada, utilizándose la siguiente fórmula:

$$V_{-Total} = 0{,}8 * V_{-económico} + 0{,}18 * V_{-cobertura} + 0{,}02 * V_{-formales}$$

Fuente: Bases de Licitación (fs. 13)

16. El detalle de los procedimientos para calcular los criterios contenidos en la fórmula anterior se encuentra descrito en las fojas 13 a 15.

17. Adicionalmente, las Bases establecen reglas de desempate en caso que dos o más ofertas logren idéntico puntaje, definiendo que la licitación será adjudicada al oferente que haya obtenido el mejor puntaje en la oferta económica y que, en caso de persistir el empate, se adjudicará la licitación al oferente que haya logrado el mejor puntaje en la cobertura geográfica (fs. 15).

18. En cuanto a la forma de adjudicación, se indica que Fonasa evaluará y adjudicará la licitación por zonas licitadas. Cada una de ellas será adjudicada a un solo oferente según el resultado de la licitación. Las zonas licitadas son cinco,

tal como se señaló en la parte expositiva, a saber: (i) la zona norte que corresponde a las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama; (ii) la zona centro norte que corresponde a las regiones de Coquimbo y Valparaíso; (iii) la zona central que contempla las regiones Metropolitana y del Libertador Bernardo O'Higgins; (iv) la zona centro sur que corresponde a las regiones del Maule, de Ñuble y Biobío; y (v) la zona sur que considera a las regiones de la Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y de Magallanes. Los interesados podrán postular a una o al total de zonas licitadas debiendo presentar la misma oferta económica para cada una de las zonas en que participa. Ahora bien, en caso que el interesado postule a todas las zonas licitadas, cada participante podrá adjudicarse hasta un máximo de dos zonas a nivel nacional si entre ellas se encuentra la zona central; en caso contrario, podrá adjudicarse hasta tres zonas. Para la elección de las zonas, los participantes deberán señalar un orden de preferencias en su oferta económica. Además, las bases señalan que Fonasa se reserva el derecho de declarar desierta la licitación en una o más zonas licitadas cuando el valor de la oferta económica del oferente que deba ser adjudicado sea superior en un 15% o más a la mejor oferta económica presentada para esa misma zona (fs. 8).

19. Como se indicó precedentemente, las Bases señalan que la licitación se adjudicará en cada zona al oferente que obtenga el mejor puntaje por aplicación de los criterios de evaluación establecidos en las Bases. De esta forma el mejor puntaje corresponderá al más bajo. Sin perjuicio de lo anterior, las Bases contemplan que Fonasa se reserva la facultad de: (i) declarar inadmisibles las ofertas en caso que la o las ofertas presentadas no cumplan con los requisitos exigidos en ellas; (ii) declarar desierta la licitación en caso que no se presenten ofertas o las que se presenten no resulten convenientes a los intereses de la institución o no se suscribiere el contrato con el adjudicatario por cualquier razón; y (iii) dejar sin efecto la adjudicación y readjudicar la licitación en los términos regulados en las Bases (fs. 16).

C.4. Otros mecanismos de participación

20. A continuación, las Bases establecen dos mecanismos de participación para establecimientos que no obtuvieron la adjudicación.

21. El primero de ellos es mediante la adhesión de otros establecimientos a los contratos adjudicados. Se indica que durante la vigencia del contrato en cada zona, cualquier establecimiento del área farmacéutica autorizado para expender medicamentos, podrá sumarse a dichos contratos siempre y cuando: (i) no haya sido adjudicatario de un contrato con Fonasa en los términos de estas Bases y que tampoco cuente con un contrato de franquicia o de naturaleza similar con un adjudicatario de un contrato con Fonasa en cualquiera de las zonas adjudicadas; (ii) no cuente con más de diez puntos de venta en la zona respectiva y sólo podrá sumar al convenio un máximo de cinco puntos de venta en la zona y sólo un establecimiento por comuna; y (iii) cobre el mismo precio de la oferta adjudicada en cada uno de los medicamentos que se expendan debiendo contar con, al menos, una especialidad farmacéutica respecto de cada medicamento incluido en los vademécum 1 y 2 señalados en los anexos de las Bases.

22. La adhesión se formaliza mediante la suscripción de un contrato en el cual se pactan las mismas condiciones que en el contrato que se adjudica, sin perjuicio de lo cual, para el caso de empresas de menor tamaño, regidas por la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño ("Ley N° 20.416") y que suscriban dichos contratos, las Bases contemplan la posibilidad de establecer una gradualidad para el cumplimiento de los servicios complementarios que, como se revisará más adelante, corresponden a una obligación del adjudicatario (fs. 8).

23. El segundo mecanismo es la celebración de convenios con otros establecimientos en comunas donde el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados. De esta forma, durante la vigencia del contrato adjudicado en cada zona, Fonasa podría celebrar convenios con otros establecimientos que no fueran del adjudicatario, siempre y cuando cumplieran con las siguientes condiciones: (i) tener locales en comunas donde el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados; (ii) que se trate de establecimientos que no han sido adjudicatarios del convenio con Fonasa en cualquiera de las zonas licitadas ni cuenten con un contrato de franquicia o similar con un adjudicatario del contrato con Fonasa; (iii) no cuenten con más de diez puntos de venta en la zona respectiva o con un contrato de franquicia o de naturaleza similar con una entidad que cuente con más de diez puntos de venta en la zona respectiva; (iv) sólo

incluya al convenio un local en cada comuna; y (v) cobre el mismo precio de la oferta adjudicada en cada uno de los medicamentos que se expendan, debiendo contar con, al menos, una especialidad farmacéutica respecto de cada medicamento incluido en los vademécum 1 y 2 señalados en los anexos de las Bases. Estos convenios se formalizan de igual forma que la adhesión a los contratos, incluyendo el beneficio de la gradualidad en la implementación de los servicios complementarios (fs. 9).

C.5. Servicios complementarios

24. Las Bases técnicas contemplan, también, la regulación de los servicios complementarios, que corresponden a obligaciones del adjudicatario, así también respecto de las personas que firmen contratos de adhesión o convenios por comunas en donde el adjudicatario no cuente con establecimientos (véase los párrafos 20 y siguientes de la parte considerativa). Estos servicios complementarios corresponden a: (i) el registro de los reportes y rastreos de las ventas realizadas a los beneficiarios de Fonasa, además del registro y validación de la receta médica. Para ello, el oferente deberá disponer de cartolas de consumo individual con detalle de compras, indicando fecha, farmacia, producto y precio, entre otros antecedentes. Dichas cartolas deberán actualizarse diariamente y estar disponibles de forma segura a través del sitio web del oferente; y (ii) el adjudicatario deberá proporcionar información del total de transacciones de los asegurados Fonasa, ya sea de medicamentos que forman parte de la licitación o de otros productos no contemplados en ella según el formato indicado en las Bases (fs. 29). Asimismo, deberán entregar, a requerimiento de Fonasa, estadísticas respecto de algunos ítems como especialidad del médico, diagnóstico, medicamento prescrito, etc.; y (iii) el oferente o adjudicatario debe contar con sistemas computacionales que permitan el registro de las ventas y una correcta identificación del beneficiario Fonasa que contemple las modalidades mínimas que regulan las Bases (fs. 29). Además, como se ha señalado precedentemente, las Bases otorgan como beneficio la gradualidad en la implementación de los servicios complementarios para las empresas de menor tamaño regidas por la Ley N° 20.416 (fs. 9).

D. OBJETIVOS SECTORIALES DE LA LICITACIÓN

25. En forma previa a analizar en concreto cada uno de los riesgos descritos por la Consultante, para evaluar la licitud de las disposiciones de las Bases cuestionadas, así como sus eventuales omisiones, necesariamente, se deben tener presente los objetivos de política pública que tuvo a la vista el ente público, en este caso Fonasa, al momento de diseñarlas.

26. Como se indicó en el párrafo 11 de esta parte considerativa, en las Bases se indica que el objetivo de la licitación es la contratación de establecimientos del área farmacéutica que permitan a los beneficiarios de Fonasa disminuir el gasto de bolsillo en salud destinado a la adquisición de medicamentos, definiendo un vademécum de medicamentos de alto consumo para proporcionar un precio preferencial a los beneficiarios de Fonasa. Además, se indica que un elemento esencial del contrato que finalmente se celebre entre Fonasa y los adjudicatarios es la gratuidad.

27. Lo anterior es reiterado por Fonasa, la que señala que los objetivos de política pública perseguidos mediante la Resolución Exenta 3G N° 51 que aprobó las Bases objeto de esta Consulta, son la reducción del gasto de bolsillo en salud por parte de la población beneficiaria de dicha institución. Más detalladamente, sostiene que mediante las presentes bases se *"diseñó una licitación pública que tiene como objetivo brindarle acceso a mejores precios en medicamentos a sus afiliados, los que muchas veces son de menores ingresos y que, actualmente, suelen pagar más por sus medicamentos que quienes pertenecen a seguros privados de salud, gasto que además corresponde a un mayor porcentaje de sus ingresos mensuales"* (fs. 124). De acuerdo con los antecedentes aportados por la FNE, como se indicó en la parte expositiva, del total de afiliados a Fonasa, aproximadamente 11 millones podrían atenderse bajo la modalidad de libre elección. Ello implica que dichos afiliados deben adquirir los medicamentos en farmacias del canal *retail* por cuanto Fonasa no realiza un copago en estos casos (fs. 159).

28. Adicionalmente, la cobertura geográfica constituye otro objetivo de política pública de manera que Fonasa pueda asegurar la disponibilidad de medi-

camentos para sus afiliados en las distintas comunas del país. En este sentido, Fonasa señala que "*el objetivo de política* pública sólo puede ser cumplido si, además, de lograr rebajas sustanciales, tal beneficio le llega a la mayor proporción de población posible. Por eso, la cobertura geográfica de las ofertas es un valor esencial en la propuesta hacia los afiliados de Fonasa, dado que se requiere que puedan acceder al convenio todos los habitantes del país que sean beneficiarios, sin importar el lugar del país en que residan" (fs. 124 vuelta y 125).

E. CUESTIONAMIENTOS A LAS BASES DE LA CONSULTANTE Y OBJETIVOS SECTORIALES PERSEGUIDOS

29. En cuanto al primer aspecto de las Bases cuestionado por la Consultante, esto es, la cobertura geográfica y la división geográfica de la licitación en macrozonas, la AFICH señala que la división del país en cinco macrozonas, comprendidas por más de una región y, en consecuencia, por varias comunas (en algunos casos más de 50 comunas), "*se traduce en una verdadera barrera de entrada que imposibilita a farmacias independientes poder participar como oferentes*" (fs. 51). Añade que la posibilidad de participar formando una UTP, de modo de salvar esta barrera, no tendría una aplicación práctica, pues implicaría coordinar farmacias ubicadas en diversas comunas. A modo de ejemplo, mencionan el caso de la macrozona central que comprendería 85 comunas en total, lo que, en un caso extremo, implicaría la unión de 85 farmacias independientes. Esta dificultad se vería acrecentada si la UTP quisiera postular a las cinco macrozonas del país, pues en dicho caso habría 346 comunas, no siendo factible coordinar tal número de farmacias.

30. A este respecto, Fonasa indicó que, atendido el porcentaje de los ponderadores de las variables de licitación –oferta económica 80%, cobertura geográfica 18% y administrativo 2%–, resulta claro que el aspecto económico es el más relevante para la autoridad al adjudicar esta licitación. Además, señala que el objetivo de política pública indicado en el párrafo 11 sólo puede ser cumplido si los beneficios alcanzados en la licitación se encuentran disponibles para la mayor proporción de población posible (fs. 125). Agrega que la división de la licitación en macrozonas se encuentra justificada, pues tal distribución coincide con la organización estructural de Fonasa, que se divide en las mismas cinco

macrozonas establecidas en las Bases, lo que facilitaría la fiscalización y ejecución de los actos y contratos celebrados (fs. 125 vuelta).

31. La FNE sostuvo que las farmacias independientes por sí mismas no podrían haber presentado una oferta efectivamente competitiva respecto de la cobertura geográfica. Con todo, si bien estima que "*la ponderación de cobertura geográfica a nivel comunal podría haber impedido a las farmacias independientes de menor tamaño adjudicarse la Licitación, ello se explicaría por la necesidad de otorgar una adecuada cobertura geográfica para los beneficiarios de Fonasa ubicados en las distintas comunas del país*" (fs. 183). Concluye señalando que "*estas condiciones* [de cobertura geográfica] *estarían justificadas considerando los objetivos de la Licitación, esto es, la necesidad de obtener una mayor cobertura geográfica para los beneficiarios de Fonasa*" (fs. 202). Asimismo, señala que al menos cuatro oferentes podían presentar ofertas de cobertura geográfica competitivas en la licitación: Cruz Verde, Dr. Simi, Farmacias Ahumada y Salcobrand (fs. 142).

32. Como se indicó en los párrafos 25 y siguientes de la parte considerativa, el análisis debe ponderar el interés de política pública sectorial de alcanzar el menor precio en medicamentos posible y beneficiando al mayor número de afiliados de Fonasa, con las restricciones a la competencia que puedan producir las disposiciones de las Bases sobre dichos puntos. En términos generales, la necesidad de otorgar acceso y una adecuada disponibilidad de medicamentos a los beneficiarios de Fonasa ubicados en las distintas comunas del país es una explicación razonable a las exigencias establecidas en las Bases relativas a división geográfica.

33. En relación con la omisión de citar ciertos delitos dentro de las inhabilidades que podrían tener oferentes que hayan sido condenados por los mismos, la Consultante señala que las Bases contemplan la prohibición de participar para aquellas personas jurídicas que hayan sido condenadas a la pena de prohibición temporal o perpetua para celebrar actos y contratos con el Estado por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 20.393. Sin embargo, afirma que dicha enumeración omite modificaciones posteriores a la ley antes indicada, que incorporaron tam-

bién los delitos de negociación incompatible, corrupción entre privados, apropiación indebida y la administración desleal, los que son sancionados con la misma pena (fs. 52). Al respecto, Fonasa afirma que la enunciación de dichos delitos en las Bases no es taxativa y que lo relevante de la incompatibilidad planteada es justamente, la sanción, esto es, si la persona jurídica tiene o no la prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, siendo ineludible que las modificaciones legales sucesivas a la citada ley que incorporen delitos que tengan dicha sanción tengan efecto de pleno derecho (fs. 125 y 125 vuelta). Por su parte, la FNE, no se refiere a este punto.

34. Sin perjuicio de que no es claro que el listado sea meramente enunciativo, lo relevante es que la prohibición para contratar con el Estado como sanción a quien incurre en ciertos delitos contemplados en la Ley N° 20.393 está establecida en la misma ley independientemente que se regule o no en las Bases.

35. Con respecto a las obligaciones derivadas de servicios complementarios descritos en el párrafo 24 de la parte considerativa, la Consultante señaló que "*una Farmacia Independiente, de barrio, no cuenta con los medios económicos para cumplir con todos estos servicios complementarios y en el caso hipotético de participar en una UTP, coordinar estos sistemas informáticos entre 50 o más proveedores sería fácticamente irrealizable*" (fs. 53 y 54), siendo tales servicios, a su juicio, una barrera de entrada artificial para las farmacias que no son parte de una cadena.

36. En esta materia, Fonasa señaló que los servicios complementarios serían esenciales para la ejecución de un convenio de este tipo, pues permiten la validación de la identidad del beneficiario, evitando el mal uso del beneficio y la degradación del valor del convenio. Junto a ello, agrega que los sistemas integrados entregan información relevante para que Fonasa pueda llevar a cabo su rol como asegurador público, sirviendo como insumo para el correcto diseño de otras políticas públicas que les corresponde diseñar e implementar (fs. 126), justificando, en consecuencia, la necesidad de contar con dichos servicios complementarios.

37. Si bien es posible que la exigencia de ofrecer estos servicios complementarios pueda restringir la participación de farmacias independientes en la lici-

tación, tales requisitos resultan razonables para atender las necesidades que Fonasa estimó eran esenciales para brindar adecuadamente los servicios licitados, así como el objetivo de obtener información útil para el diseño de otras políticas públicas. En efecto, al tratarse de un beneficio asociado a personas particulares es razonable la exigencia de contar con un registro que permita validar la identidad de la persona que lo utiliza, así como los medicamentos que se adquieren para que Fonasa verifique el cumplimiento de los descuentos ofrecidos por el adjudicatario. Respecto a la exigencia que dicho sistema registre todas las compras del beneficiario, incluyendo otros productos no contemplados en esta licitación, si bien este Tribunal considera que se trataría de una exigencia innecesaria para los objetivos de política pública ya revisados, ésta no se erige como una barrera a la entrada, pues dicho registro, tecnológicamente, constituye un servicio marginal a los registros que tienen relación directa con los objetivos de la licitación. Adicionalmente, las Bases contemplan una gradualidad para el cumplimiento de los servicios complementarios para empresas de menor tamaño, según lo ya descrito en el párrafo 24 de la parte considerativa.

38. En consecuencia, en atención a los antecedentes acompañados al proceso, la exigencia de ofrecer los servicios complementarios no puede ser calificada como contraria a la libre competencia en el presente caso.

39. Como se indicó en el párrafo 6.4 de la parte expositiva, la AFICH también sostuvo que las Bases no habrían considerado dos factores de alto riesgo para la protección de la libre competencia. El primero de ellos se refiere a las ventajas de costos que tienen las grandes cadenas de farmacias derivados de sus volúmenes de compra a los laboratorios farmacéuticos, en tanto que el segundo alude a las integraciones verticales de éstos con las grandes cadenas de farmacias. A su juicio, ambos elementos incidirían en las diferencias de los costos de aprovisionamiento que enfrentarían las farmacias independientes, por un lado, y las cadenas de farmacias por el otro.

40. Al respecto, Fonasa sostiene que la licitación no puede corregir falencias de la industria y que es un argumento que no dice relación con el diseño de las Bases (fs. 126 vuelta).

41. La FNE, por su parte, reconoce en su aporte de antecedentes que las farmacias independientes tendrían costos de aprovisionamiento más altos que las cadenas (fs. 177), sosteniendo que "*la mayoría de las farmacias independientes no alcanzan por sí mismas volúmenes suficientes para acceder a descuentos por este ítem*", agregando que "*en general ellas no realizan compras directas a laboratorios, sino que se abastecen a través de droguerías*" (fs. 176 y 177). En cuanto a la integración vertical de los laboratorios farmacéuticos con las cadenas de farmacias, indicó que Cruz Verde realiza algunas de sus compras de fármacos a su droguería relacionada Socofar, comprando el resto a otras droguerías, mientras que Ahumada y Salcobrand tienen un sistema de distribución cerrado y negocian directamente con laboratorios y algunas droguerías.

42. Este Tribunal coincide con lo concluido por Fonasa (fs. 126 vuelta) y la FNE (fs. 203), en cuanto a que las diferencias en los costos de aprovisionamiento que tendrían las farmacias responde a elementos estructurales del mercado, los que no corresponden que sean modificados mediante la presente licitación, sino más bien mediante una recomendación normativa u otro instrumento regulatorio que permita normar el funcionamiento general del mercado, en caso de que ello fuese necesario para incrementar y fomentar las condiciones de competencia en el mismo. En todo caso, la FNE realizó el Estudio de Mercado sobre Medicamentos (EM03-2018), en el que se formulan una serie de recomendaciones en relación con su comercialización y distribución, el mercado público y el funcionamiento de los comités de farmacias.

43. Por último, este Tribunal no comparte la alegación planteada por la Consultante en cuanto a que la preponderancia que las Bases asignan al precio ofrecido (80%) afectaría a la libre competencia porque favorecería a las grandes cadenas, toda vez que ello busca obtener mayores descuentos para los usuarios de Fonasa, que es el principal objetivo de política pública de esta licitación, sin que se afecte la mínima rivalidad que debe exigirse a la autoridad al momento de diseñar bases de licitación. Por lo demás, se debe tener presente que el objetivo que persigue el derecho de la libre competencia es proteger el proceso competitivo y no a los competidores existentes en un mercado (Sentencia N° 138/2014, c.19°).

44. Por tanto, de todo lo analizado es posible concluir que no existen antecedentes en autos que permitan sostener que las Bases no se ajustan al D.L. N° 211.

45. Por último, cabe señalar que la FNE da cuenta, tanto en su aporte de antecedentes como en la presentación de fojas 227, de la existencia de una licitación complementaria a la que es objeto de esta Consulta, en la que se volvieron a licitar las zonas que fueron declaradas desiertas en la primera licitación. Al respecto, este Tribunal no se pronunciará sobre ella, pues, como se ha indicado, no es parte del objeto de este procedimiento el que quedó fijado en la resolución que dio inicio a este mismo (fs. 57) y tampoco existen presentaciones en estos autos que hayan solicitado ampliar o modificar el objeto de la Consulta.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE: Declarar que las bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, y sus anexos, contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, se ajustan al D.L. N° 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril de este año, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Archívese en su oportunidad.
Rol NC N° 458-19.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

15 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

INFORME N° 15/2020

(Causa Rol NC N° 454-19)

"Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro y otro de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas".

Fecha dictación: 20 de abril de 2020.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Solicitantes: Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro (CAS 1 o Comunidad) y Parronales Tinamou Agrícola Limitada (Tinamou).

Entidades que aportaron antecedentes: Dirección General de Aguas (DGA) y Fiscalía Nacional Económica (FNE).

Objeto del proceso: Determinar si la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (2.201,75 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en la que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Mercado afectado: Mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, agricultura y minería.

Resolución del Tribunal: El Tribunal determinó, mediante el Informe 15/2020, que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no autorizó la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas. Entre los argumentos que fundan el mencionado

Informe, se consideró relevante la creciente sequía que afecta la zona en cuestión, la que aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

Recursos: Sin recursos presentados a la fecha de cierre de esta edición.

Temas que trata: Derechos de aprovechamiento de aguas, sequía, acaparamiento.

INFORME N° 15/2020

Santiago, veinte de abril de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No contencioso.
ROL : NC N° 454-19.
SOLICITANTES: Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro ("CAS 1" o "Comunidad") y Parronales Tinamou Agrícola Limitada ("Tinamou"), ambos denominadas en adelante como "las Solicitantes".
OBJETO: De conformidad a lo establecido en los artículos 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas y artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, solicitan que se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (2.201,75 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. LAS SOLICITANTES Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Solicitantes:
- Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro;
- Parronales Tinamou Agrícola Limitada.

2. Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones en este expediente:
- Dirección General de Aguas ("DGA");
- Fiscalía Nacional Económica ("FNE").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES

1. A fojas 68, la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro y Parronales Tinamou Agrícola Limitada, solicitan que, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del Código de

Aguas, así como lo dispuesto en los artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 1 administra y gestiona, que ascenderían a 2.201,75 litros por segundo ("l/s"), son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

2. Lo anterior, para efectos de poder aplicar a dichos derechos la exención del pago de patente por no uso de aguas, contemplada en el artículo 129 bis 9 incisos 4° a 6° del Código de Aguas.

3. En lo que respecta a los antecedentes de hecho que justifican la Solicitud, las Solicitantes señalan que el valle del río Copiapó tiene una longitud de 160 Kilómetros, dividido en 6 sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común y que la cuenta del río Copiapó abarca las comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama.

4. Las Solicitantes sostienen que en esta zona se habrían constituido derechos de agua siete veces superiores al caudal promedio de recarga del acuífero, lo que habría generado escasez hídrica. A raíz de esta situación, la DGA habría declarado la cuenca del río Copiapó como "*zona de prohibición*" y "*área de restricción*" para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en este acuífero (Resoluciones DGA N° 193/1993, 232/1994, 750/2000 y 162/2001).

5. Indican que, por expresa disposición del artículo 63 del Código de Aguas la declaración de una zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas da origen a una Comunidad de Aguas formada por todos los usuarios de las aguas subterráneas comprendidos en dicha zona.

6. Añaden que la CAS 1 se habría materializado judicialmente mediante sentencia dictada el 23 de febrero de 2016 por el 4º Juzgado de Letras de Copiapó, en el procedimiento rol V-1227-2013. La referida sentencia, además, habría aprobado los estatutos que rigen a la CAS 1 y el listado de usuarios que tienen derechos de aprovechamiento en su respectivo acuífero.

7. Las Solicitantes agregan que, según los estatutos de la CAS 1, el objeto de la Comunidad es administrar y distribuir las aguas del Sector 1 del acuífero de Copiapó, denominado "*Aguas Arriba Embalse Lautaro*", y proteger los intereses comunes de los miembros de su organización y la sustentabilidad de dicho Sector acuífero.

8. Las Solicitantes sostienen que los miembros de esta Comunidad son todas las personas naturales y jurídicas titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el área ya precisada y todas aquellas personas que, por cualquier título o motivo, les sucedan, total o parcialmente, en el dominio de tales derechos de aprovechamiento. Estos derechos ascenderían a un total de 2.201,75 l/s y se encontrarían inscritos a nombre de sus titulares en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, tal como se consigna en la tabla contenida la Solicitud (fojas 72 a 76). Así, la CAS 1 estaría conformada por 15 comuneros o titulares que tienen constituidos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el Sector.

9. Añaden que, en el Sector 1 del acuífero de Copiapó, solo se encuentran operativos 43 de 62 pozos construidos para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento que administra la Comunidad. Agregan que gran parte de los derechos de aprovechamiento de este Sector no pueden ser ejercidos, precisamente dada las condiciones hídricas y de profundidad de los pozos, y que las modificaciones requeridas para que puedan serlo ascenderían, como mínimo, a una inversión de 100 millones de pesos por cada uno de estos pozos.

10. Las Solicitantes señalan que, para desincentivar la especulación y el acaparamiento de derechos de aprovechamiento, el 2005 se incorporó al Código de Aguas el pago de patentes por la no utilización de las aguas. Indican que la conducta gravada con dicho pago sería contar con derechos de aprovechamiento respecto de los cuales su titular no ha construido obras de captación y/o restitución. Desde el 2008 algunos de los derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la CAS 1 habrían sido sometidos al pago de esta patente, afectando un caudal de 164 l/s, lo que corresponde al 7,44% del caudal total administrado por la referida Comunidad. Agregan que este caudal no puede ser utilizado dada la inexistencia de agua a la profundidad en que originalmente construyeron los respectivos pozos.

11. Las Solicitantes sostienen que el mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en sus incisos 4° y 6°, establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener esta exención es necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la Comunidad son ejercidos en un área con dichas características.

12. En este sentido, las Solicitantes indican que los derechos administrados por la CAS 1 se encontrarían en la hipótesis que justifica la exención del pago de la patente, ya que: (i) serían administrados y distribuidos por una organización de usuarios declarada por resolución judicial; (ii) la solicitud ha sido realizada por una organización y un titular de derechos de aprovechamiento; y (iii) en el área donde se ejercen los derechos no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

13. Respecto al último punto, las Solicitantes señalan que dicha circunstancia constituiría el objeto central del pronunciamiento que solicitan a este Tribunal, y que lo acreditan acompañando una tabla de cambios de titularidad de los derechos de aprovechamiento de quienes forman parte de la CAS 1 (transferencias y transmisiones), lo que evidenciaría un activo mercado de derechos.

14. Adicionalmente, agregan que la Solicitud se enmarcaría dentro de las competencias de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis incisos 4° a 6° del Código de Aguas, que hace remisión a los artículos 17 C y 18 de la Ley N° 19.911 (actuales artículos 18 y 13 del D.L. N° 211).

15. Las Solicitantes citan como precedente el informe N° 7/2009, emitido en el procedimiento Rol NC-350-09, en el que la situación analizada resultaría idéntica a la de la CAS 1, por cuanto (i) una Comunidad administra y distribuye aguas subterráneas, (ii) existía una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso

a dichos derechos por parte de quienes lo requieren. En el mismo sentido, las Solicitantes hacen referencia al informe N° 13/2018, emitido por este Tribunal en el procedimiento Rol NC-436-17.

16. En consecuencia, la CAS 1 y Tinamou solicitan que declare que en el lugar en que se administran y distribuyen sus derechos de aprovechamiento de aguas subterráneos no existen hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

17. Finalmente, las Solicitantes acompañaron a estos autos: (i) a fojas 187, el informe económico de Oscar Melo ("Informe Económico"); y (ii) a fojas 68, diversos documentos que darían cuenta de los problemas hidrológicos del acuífero de Copiapó.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

18. El 18 de abril de 2019, a fojas 87, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la FNE, la DGA, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el Ministerio de Agricultura y al Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, a fin que estos, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

19. A fojas 103, se hizo parte la Fiscalía Nacional Económica, entidad que aportó antecedentes a fojas 120.

19.1. La FNE expone un análisis de la regulación aplicable a la materia, con énfasis en la facultad de la DGA para declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, en el surgimiento de las comunidades de aguas subterráneas y en la figura del pago de patente por no uso de aguas.

19.2. La FNE indica que la justificación del pago de la patente por no uso de aguas encontraría su fundamento en criterios de eficiencia en la asignación de recursos, de manera que, una vez que los derechos de aprovechamiento son concedidos por el Estado, éstos se deberían transar libremente en el mercado, resignándose a quien los valore en mayor medida.

19.3. En este mercado de transacciones de derechos, la FNE identificó tres fenómenos que podrían afectar la libre competencia: (i), que se acaparen permisos con el objetivo de bloquear, restringir o encarecer el acceso a un insumo productivo importante, en este caso, el agua. En el análisis de este riesgo, indica que es relevante tener en consideración que cada derecho viene asociado a un punto geográfico, por lo que podría producirse acaparamiento incluso sin tener una cuota significativa de permisos; (ii) que se especule con el valor de los derechos, pues podrían existir incentivos a que el titular no pretenda usar el recurso, sino que revenderlo posteriormente; y (iii) que exista un actor con poder de mercado en el mercado de derechos transables.

19.4. En este contexto, señala que el pago de una patente por no uso de derechos de aguas podría cumplir, a lo menos, dos objetivos: (i) disuadir conductas que afecten el funcionamiento del mercado, como el acaparamiento de permisos y la especulación respecto de su valor; y (ii) que los titulares de los derechos internalicen los costos sociales de mantener dichos derechos, a la espera de que se ejecute un proyecto que efectivamente los utilice.

19.5. Así, la FNE indica que, atendido el primer objetivo, el valor de la patente debería ser lo suficientemente alto para disuadir dichas conductas. En lo que respecta al segundo objetivo, señala que el valor de la patente debería ser igual al costo de oportunidad, dado por el beneficio marginal que obtendría el potencial comprador al explotar dicho derecho. Sin embargo, también indica que sería muy costoso para el regulador obtener la información necesaria para calcular la patente óptima.

19.6. En lo que respecta a las características del acuífero, la FNE señala que ante la falta de recarga natural del río Copiapó, la actual extracción habría

generado un sostenido descenso del nivel del agua, impidiendo la renovación del recurso. Asimismo, indica que la cuenca del río Copiapó, al igual que el resto de los acuíferos de las regiones del norte del país, habría sufrido una disminución de sus caudales, mostrando señales claras de sobreexplotación. Por esta razón, la DGA habría declarado como zona de prohibición para nuevas explotaciones de agua subterráneas a la cuenta de este río.

19.7. En lo que respecta al mercado relevante, la FNE señala que las aguas extraídas por los titulares de los derechos son utilizadas como un insumo productivo en empresas que se desempeñan en distintas industrias y rubros. Por lo tanto, distingue el mercado de las transacciones de derechos (mercado aguas arriba) y los mercados en los cuales son utilizadas las aguas como insumo (mercados conexos aguas abajo).

19.8. En lo que respecta al mercado aguas arriba, indica que el mercado relevante del producto y geográfico correspondería al mercado de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales, de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alterado, cuya localización geográfica corresponda a algún punto del Sector 1 de la cuenca del río Copiapó. Por otra parte, los mercados conexos aguas abajo, corresponderían a las distintas industrias que utilizan de forma intensiva el agua, de forma tal que han decidido solicitar o adquirir algún derecho de aprovechamiento en dicho Sector. En ese contexto, señala que las industrias agrícola, minera y sanitaria deberían considerarse en el mercado aguas abajo descrito precedentemente.

19.9. En el análisis del mercado aguas arriba, la FNE observa que (i) la suma de la participación de los tres titulares con mayor caudal de extracción sería de un 45,29% (ii) la suma de los cinco titulares con mayor caudal sería de 68,89%; y (iii) el índice HHI en el Sector 1 sería de 1.074. Agrega que, incluso si se consideran solamente los derechos subterráneos, Banco de Chile (titular de derechos que tendría la mayor participación, ver tabla inserta a fojas 146) tendría una participación de 23,46% en el caudal total administrado por la CAS 1 y el índice HHI sería de 1.462 en la Comunidad. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 1 alcanzaría un porcentaje superior al

20% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración.

19.10. La FNE concluye que dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos.

19.11. Asimismo, la FNE analizó la liquidez del mercado aguas arriba –esto es, la cantidad de transacciones de derechos que se efectúan en el mercado secundario– y, según la información recopilada en su investigación, concluyó que el mercado secundario del Sector 1 sería poco líquido. Agrega que esta baja frecuencia de transacciones podría tener un efecto significativo en el precio de los derechos, debido a que la dificultad de encontrar un comprador (o vendedor) podría llevar a un interesado "apurado" a aceptar un precio significativamente menor (o mayor) al valor que podría obtener uno que cuente con más tiempo.

19.12. También señala que una alternativa que podría explicar la falta de liquidez en el mercado, es que existan muchos compradores potenciales, pero que los titulares de los derechos sean quienes más los valoran, y que, por lo tanto, no sea posible realizar transacciones mutuamente beneficiosas. Indica que el hecho de que actualmente existan comuneros afectos al pago de patentes por no uso es un indicador de que no existe un mercado particularmente activo, pues, de lo contrario, se celebrarían acuerdos para mitigar dicho gravamen, como el arriendo de derechos.

19.13. La FNE señala que no es clara la relación entre el espíritu de la ley que introdujo el pago de patente por no uso de los derechos y la disposición del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas que contempla la causal para eximirse del pago de patente, que funda la Solicitud de autos. No obstante, atendido el análisis realizado, la FNE indica que no se apreciarían, en principio, hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el Sector 1. Asimismo, indica que no ha recibido denuncias

ni se han iniciado investigaciones sobre estas materias en dicho Sector. Lo anterior, indica la FNE, podría explicarse precisamente por la existencia de la patente por no uso de aguas.

19.14. Agrega que, uno de los objetivos del pago de patente es incentivar que las personas con proyectos poco rentables los vendan a otras con proyectos socialmente eficientes, por lo que, de no aplicarse la patente por no uso, se permitiría el desarrollo de proyectos menos atractivos o ineficientes, la especulación de su valor y el acaparamiento por parte de los titulares de derecho, lo que podría reducir la frecuencia de las transacciones y aumentar el precio de los derechos.

19.15. Respecto a la situación de escasez que existiría en el Sector 1, la FNE considera que la eximición del pago de patente por no uso no sería una solución efectiva ante dicho problema. Además, la Comunidad, sus miembros y la DGA contarían con otras herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas y/o para recargar artificialmente el acuífero.

19.16. Con todo, la FNE considera riesgoso para la libre competencia que se acoja la Solicitud, atendida la baja capacidad de fiscalización de la DGA y la improbabilidad de que se someta a conocimiento del TDLC la revisión de la eximición del pago de patente, en caso que, en el futuro, cambien las circunstancias en el Sector 1.

20. A fojas 113, el Ministerio de Agricultura, y a fojas 117 el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, respondieron los oficios ordenados a fojas 87, indicando que no tenían antecedentes que aportar a este procedimiento.

21. A fojas 170, la DGA aportó antecedentes y solicitó el rechazo de la Solicitud en todas sus partes. Detalla que mediante la Resolución Exenta N° 3565, de 28 de diciembre de 2018, se fijó el listado de derechos de aprovechamiento de aguas sujetos al pago de patente por no uso, dentro de los cuales se encontraban los derechos administrados por la Comunidad. Agrega que dicha resolución habría sido dictada conforme a derecho y, por lo tanto, gozaría de presunción de legalidad, por lo que no existe justificación que limite sus efectos.

21.1. De acuerdo a la DGA, los miembros de la Comunidad no cuentan con obras para hacer efectiva la extracción de las aguas, lo que justificaría el pago de la patente por no uso que establece el Código de Aguas. En efecto, señala que la ley no exigiría una utilización efectiva, pero sí contar con las obras necesarias para dicho fin. Así, concluye que el cobro de la patente por no uso constituiría una sanción que grava la porción no utilizada de los derechos y no a sus titulares. En esta línea, la DGA indica que la Excma. Corte Suprema habría señalado que: "*aparece como lógico y obvio que la ley estime que quien solicita un derecho de aprovechamiento lo hace con la finalidad de ejercerlo efectivamente, ya que una interpretación inversa podría fomentar el uso especulativo de esta clase de derechos, que es justamente lo que el legislador ha querido evitar*" (C. 14. Rol 6158-2009, 24 de enero de 2012). Por tanto, en opinión de la DGA, no se justificaría aprobar la exención.

21.2. A esto se agrega que, de acuerdo a la DGA, las Solicitantes no cumplirían con los requisitos regulados en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, ya que, al tratarse de derechos sobre aguas subterráneas, la Comunidad no sería una organización que administra y distribuye las aguas, pues no contaría con (i) un sistema único de administración y distribución; (ii) un sistema de control de extracciones que le permita distribuir las aguas a toda la organización; (iii) un reparto proporcional de los derechos; y (iv) sistemas de extracción propios, sino que pertenecen a cada miembro de manera individual.

21.3. Además, indica que, en el área donde se ejercen los derechos de aprovechamiento, sí existirían hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, dado que: (i) del mero hecho de existir transferencias de derechos no es posible derivar, como lo pretenden las Solicitantes, la inexistencia de actos anticompetitivos; (ii) no se pueden constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en el Sector, por haber sido declarado como "*área de prohibición*"; y (iii) existen incentivos al uso especulativo de este recurso, dado su elevadísimo valor y el hecho que no pueden otorgarse nuevos derecho de aprovechamiento por estar cerrado el acuífero.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

22. A fojas 177, consta la citación a audiencia pública para el día 29 de octubre de 2019, a las 09:30 horas. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 4 de octubre de 2019, según consta a fojas 178.

23. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de las Solicitantes, de la DGA y de la FNE, según consta en la certificación que rola a fojas 203.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL

24. Las Solicitantes piden a este Tribunal que declare que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 1 administra y gestiona (2.201,75 litros por segundo, de acuerdo a la solicitud) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, con el objeto de acogerse a la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del mismo código. Estas últimas normas establecen el pago de una patente anual por la no utilización de las aguas, es decir, cuando el titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, para lo cual distingue si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos, ambos de ejercicio permanente, así como de ejercicio eventual, indicando en cada caso la forma de cálculo de la patente.

25. En los informes previos que se han emitido en virtud del artículo 129 bis del Código de Aguas, el análisis se centró, fundamentalmente, en determinar si existían conductas atentatorias a la libre competencia en los mercados afectados. Así, por ejemplo, en el Informe N° 7/2009 se señaló que el Tribunal "*debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*"; en tanto que en el In-

forme N° 13/2018 se sostuvo que el análisis consiste en "*examinar las conductas atentatorias a la libre competencia que se presenten o puedan configurarse*".

26. Como se puede apreciar, el análisis que hasta la fecha se ha realizado en esta materia ha sido fundamentalmente estático sobre la situación de competencia que se presenta en los mercados afectados y si en ellos existen o pueden presentarse conductas contrarias a la libre competencia. Sin embargo, no puede perderse de vista que lo que el Código de Aguas mandata a este Tribunal es un informe, el que por su naturaleza no jurisdiccional no lo habilita para emitir pronunciamientos sobre eventuales conductas anticompetitivas –lo que es propio de un procedimiento contencioso– sino sobre las condiciones de competencia de un mercado determinado. En razón de lo anterior, el análisis que debe hacerse en este orden de materias ha de ser necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectos en virtud del hecho objeto del informe, en este caso, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas.

27. Como se verá, los riesgos para la libre competencia no sólo pueden provenir de conductas actuales o potenciales en contra de la libre competencia, sino también de otros hechos, como la creciente sequía que afecta al país, en especial la zona donde se encuentran los derechos de agua objeto de autos, esto es, el valle del río Copiapó (comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama). En este escenario, la sequía puede aumentar los incentivos de los titulares de derechos de agua que no las están utilizando para acaparar dicho recurso y, con ello, restringir la libre competencia, afectando la eficiente asignación del mismo.

28. Sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener presente que no corresponde analizar consideraciones adicionales a la mencionada solicitud, como son la determinación de si la Comunidad solicitante es una organización que administra o distribuye aguas subterráneas, si sus estatutos se ajustan o no a lo exigido por el Código de Aguas, o si la DGA impuso correctamente el pago de la patente por no uso, entre otras. Todos estos asuntos corresponden a materias que no son competencia de este Tribunal.

29. Aclaradas las consideraciones anteriores, el presente informe se estructura en el siguiente orden: (i) en primer lugar, se describe someramente la legislación aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas; (ii) luego, se analizan la estructura y condiciones del mercado de los derechos de agua, incluyendo su distribución y condiciones de entrada, y se realiza una breve mención a los mercados conexos, es decir, aquellos que utilizan derechos de agua en sus procesos productivos; y (iii) por último, se evalúa si la exención del pago de la patente a que se refiere el artículo 129 bis del Código de aguas genera riesgos para la libre competencia en los mercados afectados.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE

30. La regulación de las aguas y sus derechos de aprovechamiento se encuentra contenida principalmente en el Código de Aguas.

31. En específico, esta legislación califica a las aguas subterráneas, objeto de la solicitud, como aquellas que, a diferencia de las aguas superficiales, *"están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas"* (artículo 2° del Código de Aguas). A su vez, de acuerdo con el artículo 5° del mismo código, "[l]*as aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código*".

32. Por su parte, los derechos de aprovechamiento son derechos reales sobre las aguas que permiten su uso y goce, cumpliendo los requisitos que establece el mismo Código. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican de la siguiente forma:

a) *consuntivos o no consuntivos*: los derechos del primer tipo facultan a su titular para consumir totalmente el recurso hídrico en cualquier actividad, mientras que los del segundo permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o constitución del derecho;

b) *de ejercicio permanente o eventuales*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en la dotación que le corresponda a su propietario, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad para satisfacerlos en su integridad, mientras que los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente; y
c) *de ejercicio continuo, discontinuo o alternado*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en forma ininterrumpida las 24 horas del día, los segundos permiten usarlo durante periodos determinados y los terceros permiten su uso entre 2 o más personas que se turnan sucesivamente.

33. En el caso de autos, los derechos de aprovechamiento de aguas cuya titularidad pertenece a los miembros de la CAS 1, recaen sobre aguas subterráneas y son de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo (FNE, a fojas 124; y Solicitantes, a fojas 79).

34. Por otra parte, la obligación de pagar una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos de ejercicio permanente, como los objetos de este informe, se encuentra regulada en el Título XI del Código de Aguas, en particular en el artículo 129 bis 5. Esta norma establece que debe pagarse una patente anual a beneficio fiscal cuando los titulares no han construido obras de captación de aguas. El inciso segundo del citado artículo establece las reglas conforme a las cuales se aplica y calcula dicha patente.

35. Finalmente, en el artículo 129 bis 9 del citado código se establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener este derecho es necesario que este Tribunal declare que los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la organización de usuarios sean ejercidos en un área con dichas características.

C. MERCADO RELEVANTE

C.1 Mercado relevante del producto

36. Corresponde ahora caracterizar el mercado relevante del producto objeto de este informe. En un primer nivel de análisis, como se anticipó, están los derechos de aprovechamiento de aguas, los que pueden ser adquiridos, básicamente, de dos formas: i) mediante el otorgamiento de los mismos que hace la DGA del MOP; y ii) en el mercado secundario, mediante la venta o cesión de dichos derechos por los titulares de los mismos. En lo que interesa a este informe, el análisis se centrará en el mercado secundario de los derechos de aprovechamiento de aguas, debido a que la DGA declaró como zona de prohibición el área geográfica donde se encuentran dichos derechos. Para estos efectos, se analizará la sustitución entre los distintos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que existen en la zona, utilizando los mismos criterios definidos en los informes N° 7/2009 y N° 13/2018.

37. En primer lugar, cabe señalar que, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos, ya que dependerá del uso para el cual se requiera. En este sentido, los derechos consuntivos tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para riego, minería y consumo doméstico. En particular, en el caso de la CAS 1, los comuneros destinan sus caudales principalmente a la agricultura y minería (FNE, foja 137 e Informe Económico, foja 183). Por su parte, los derechos no consuntivos, tal como lo señala la FNE a fojas 142, se utilizan principalmente para la generación eléctrica y como ésta no es una actividad económica a la que los comuneros de la CAS 1 destinen sus caudales, dichos derechos no formarán parte del mercado relevante determinado para efectos de este informe.

38. En segundo lugar, tal como fue establecido en los Informes N° 7/2009 y N° 13/2018, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas son sustitutos, dada la escasez existente en la zona de Copiapó. Lo anterior se debe a que en situaciones de escasez el precio relativo del agua aumenta, con lo cual la diferencia en el costo de explotación entre las aguas superficiales y subterráneas se vuelve menos importante en relación al valor del insumo. La

escasez de agua en Copiapó fue informada en este proceso tanto en el aporte de antecedentes de la FNE (fojas 142) como en el de la DGA (fojas 175 vta.). Por esto, al igual que en el Informe N° 13/2018, recaído sobre la misma cuenca hídrica, se considerará que los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas forman parte del mercado relevante.

39. En tercer lugar, los derechos de aprovechamiento de aguas eventuales sólo permiten el uso de los recursos hídricos después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. Dadas las características del área en análisis, el caudal asociado a los derechos y la disponibilidad de agua, es posible concluir que la posibilidad de ejercicio para quienes poseen derechos de aprovechamiento de aguas eventuales es muy limitada o casi inexistente y, por tanto, estos derechos no pueden ser considerados sustitutos de los de ejercicio permanente y no forman parte del mercado relevante.

40. Finalmente, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado pueden ser considerados sustitutos imperfectos entre sí, debido a las diferencias existentes en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos. No obstante, sería posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado sea equivalente a un derecho continuo y que, por ello, sean considerados sustitutos por sus usuarios. Por lo anterior, para efectos de este informe, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado formarán parte del mismo mercado relevante.

41. Sobre la base de todo lo anterior, el mercado relevante del producto corresponde al de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado.

C.2 Mercado relevante geográfico

42. En cuanto al ámbito geográfico, debe definirse si este corresponde a toda la cuenca del Río Copiapó o únicamente el Sector Hidrogeológico 1 del acuífero Copiapó, denominado "*Aguas Arriba Embalse Lautaro*".

43. Para estos efectos, se debe considerar que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se ejercen en un punto específico ubicado dentro de un Sector Hidrogeológico determinado. Dicho punto debe ser definido por el solicitante al momento de presentar la respectiva solicitud de derecho a la DGA. Asimismo, de acuerdo al artículo 42 del Decreto Supremo N° 203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas (publicado en Diario Oficial 07/03/14), es posible que la DGA autorice el cambio de punto de captación en un mismo Sector Hidrogeológico de aprovechamiento común.

44. Por tanto, dadas estas características el mercado relevante geográfico será definido en términos restrictivos, como el Sector Hidrogeológico 1 del acuífero Copiapó, denominado "*Aguas Arriba Embalse Lautaro*".

C.3 Distribución de los derechos en el mercado relevante

45. Considerando la definición de mercado relevante antes mencionada, tanto en su dimensión del producto como geográfica y los antecedentes aportados por la FNE a fojas 145 y 146, a continuación, se realiza una breve caracterización de la distribución de los derechos de aprovechamiento del Sector Hidrogeológico 1 del acuífero Copiapó:

TABLA 1 – DISTRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS Y SUPERFICIALES EN EL SECTOR 1 DE LA CUENCA DEL RIO COPIAPÓ.

Titular	Tipo Derecho	CAS 1	Caudal (l/s)	Participación
Banco de Chile	Subterráneo	Sí	517	18,2%
Soc. Agrícola Iglesia Colorada Ltda.	Subterráneo	Sí	412	14,5%
Alfonso Prohens	Superficial	No	356	12,6%
Parronales Tinamou Agrícola Ltda.	Subterráneo	Sí	350	12,3%
SCM Minera Lumina Cooper Chile	Subterráneo	Sí	320	11,3%
Agrícola Hacienda Manflas	Superficial	No	125	4,4%
Banco Santander	Subterráneo	Sí	110	3,9%
Agrícola Pauna Ltda.	Subterráneo	Sí	107	3,8%
Fernando Ovalle	Superficial	No	100	3,5%
Metlife Chile Seguros de Vida S.A.	Subterráneo	Sí	95	3,3%
Agrícola el Cerrillo de Apalta Ltda.	Subterráneo	Sí	92	3,2%
Agrícola Bauzá S.A.	Subterráneo	Sí	50	1,8%
Minera Anglo American	Superficial	No	50	1,8%
Manuel José Gandarillas Infante	Subterráneo	Sí	34	1,2%
Frutera Euroamerica S.A.	Subterráneo	Sí	33	1,2%
Agrícola el Tranque Ltda.	Subterráneo	Sí	30	1,1%
Agrícola UAC Ltda.	Subterráneo	Sí	30	1,1%
Jaime Prohens Espinoza	Subterráneo	Sí	15	0,5%
María Beatriz Eugenia Serani	Subterráneo	Sí	8	0,3%
Compañía Minera Casale	Superficial	No	2	0,1%
Sociedad Inversiones Bestu	Superficial	No	2	0,1%
Total			**2836**	**100%**
Índices de concentración		Índice HHI		1074
		Índice HHI sólo subterráneas		1462

Fuente: elaboración propia en base a información provista por la FNE a fojas 145 y 146

46. En la tabla 1 se observa que la propiedad sobre los derechos de aguas en el Sector 1 se encuentra relativamente dispersa, ya que ningún titular alcanzaría el 20% de participación de mercado y el índice HHI sería de 1.074 unidades, nivel de concentración de mercado que podría ser calificado como poco concentrado de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE. Incluso si solo se consideran las aguas subterráneas, el índice de concentración sería de 1.462 unidades, es decir, seguiría siendo un mercado poco concentrado y con escaso potencial anticompetitivo, de acuerdo a la FNE.

47. A este respecto, es pertinente tener presente que dicha tabla y su análisis se basan en la concentración de los derechos de aprovisionamiento de aguas y no en el uso efectivo que se haga de tales derechos, como idealmente correspondería, pues no existe en autos información acerca de tal uso.

48. Con todo, y sin considerar el riesgo de coordinación que se menciona más adelante, los niveles de concentración descritos darían cuenta, en principio, de un mercado que no presentaría mayores riesgos para la libre competencia. Sin embargo, en una mirada más prospectiva, estos riesgos dependerán de la liquidez del mercado secundario de los derechos de aprovisionamiento de agua. Lo anterior por cuanto si la oferta de dichos derechos en el mercado geográfico se viera crecientemente restringida, el acceso a este recurso se vería también crecientemente restringido. Esto se produce por dos razones. Por un lado, quienes disponen de estos derechos tienen menos incentivos a venderlos como producto de la sequía, pues disponen de menos agua para su propio uso y racionalmente podrían especular con una mayor escasez del recurso en el futuro. Por otro lado, se produce un aumento de los demandantes de derechos (principalmente agricultores), cuyos derechos implican menos agua producto de la sequía y, por ende, requieren de más derechos para satisfacer su consumo.

49. En razón de lo expuesto, en caso de no existir un mercado líquido de este recurso, no es suficiente observar la participación en la tenencia de derechos de agua para descartar riesgos para la libre competencia, sino que el análisis debe proseguir con una revisión de las condiciones de entrada y, luego, con una determinación de cuán complejo es el acceso a los derechos de agua en el mercado relevante.

C.4 Condiciones de entrada

50. Como se señaló en el párrafo 36, existen, básicamente, dos formas en que se pueden obtener derechos de aprovechamiento de aguas. La primera de ellas es a través de la presentación de una solicitud a la DGA, la que los entrega en forma gratuita en caso de haber recursos hídricos disponibles. La segunda es mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros en el denominado mercado secundario. Finalmente, es posible obtener derechos por resolución ju-

dicial. A estas tres formas se debe agregar la constitución directa del derecho de aprovechamiento por parte del Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, modalidad que es, sin embargo, muy excepcional por lo que no se considerará en el presente análisis.

51. En la actualidad no es posible obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a través de solicitudes a la DGA en el Sector Hidrogeológico "*Aguas Arriba Embalse Lautaro*", ya que, tal como señalaron todos los aportantes en este expediente (FNE a fojas 178, DGA a fojas 95 y las Solicitantes a fojas 95), mediante Resolución N° 232, de fecha 7 de junio de 1994, la DGA declaró dicha área como zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas.

52. En cuanto al mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, de acuerdo con el artículo 63 del Código de Aguas, la declaración de un área como zona de prohibición no restringe la transferencia de los derechos ya existentes. Por esto, en principio podría ser posible adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por medio de su compra a terceros, lo que dependerá, naturalmente, de la disponibilidad de derechos en el mercado secundario.

53. En este orden de ideas, las Solicitantes destacan que en el Sector efectivamente han ocurrido cambios de titularidad (fojas 81). Por ejemplo, el Informe Económico que acompañaron señala que "*en el período 2013 a 2018 se transaron cerca de 1564,5 l/s en el Sector 1, representando un 71% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo.*" (fs. 184 vuelta). Por su parte, la FNE señala que existe un mercado secundario, pero que en esta zona se presenta "*una alta volatilidad en la transferencia de derechos, debido a que en los años 2016 y 2018 se habrían efectuado la mayor cantidad de transferencias, mientras que en los años 2017 y 2019 no se habría efectuado ninguna*" y que *"el número promedio de transferencias y caudal total este* [es] *de 6 transacciones y 224 l/s al año, respectivamente*" (foja 149). Además, como señala la FNE a fojas 150, el bajo número de transacciones durante los últimos años, que, por cierto, refleja un mercado secundario poco líquido, podría haber tenido un efecto significativo en los precios de los derechos.

54. Asimismo, las transferencias de derechos de aguas en el mercado relevante han sido poco frecuentes. Desde el 2013 a la fecha, solo han existido 40 transferencias de derechos (FNE, foja 148) y muchas de ellas entre un número reducido de titulares. Por ejemplo, como indica la FNE a fojas 149, si bien el año 2018 se habría alcanzado un *peak* de 19 transferencias, éstas habrían ocurrido solo entre 4 titulares, a saber, Banco de Chile, Exportadora Agromar S.A., Jaime Prohens Espinoza y Banco Santander, representando un caudal de aproximadamente 626 litros por segundos. Como se señaló en el párrafo anterior, la FNE informó que el promedio anual es de solo 6 transferencias, que equivalen a un caudal de 224 l/s y representan, aproximadamente, el 10% del caudal total anual.

55. En suma, si bien se aprecia la existencia de algunas transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a lo largo del tiempo que permiten concluir que existe un mercado secundario, no han sido aportados antecedentes suficientes que den cuenta que se trata de un mercado dinámico y profundo. Por el contrario, el bajo número de transacciones en número y volumen dan cuenta de que este mercado secundario es poco líquido, característica que no permite concluir que los derechos de aprovechamiento de aguas estén asignados a quienes más los valoran. Asimismo, es razonable inferir que la baja liquidez del mercado secundario se exacerba por la sequía que afecta la zona en la que se encuentran los derechos de aprovechamiento de aguas objeto de este informe, ya que, por un lado, es probable que en ese escenario los titulares de derechos sean más reacios a transferir una parte de los mismos, disminuyendo con ello su oferta; mientras que, por otro lado, aumenta la demanda por los mismos, toda vez que otros usuarios ven reducido su acceso al recurso hídrico. Las pocas transacciones existentes son muy volátiles y no dan señales claras de escasez, lo que impide que exista un precio que permita equilibrar oferta con demanda. De este modo, acceder al no pago de la patente por no uso de estos derechos sólo agravaría la situación, ya que no se darían los incentivos adecuados para un uso más eficiente del escaso recurso hídrico.

C.5 Mercados conexos

56. Tal como se ha considerado en informes anteriores, el análisis que este Tribunal realiza no solamente debe considerar el mercado de los derechos de apro-

vechamiento de aguas, sino también aquellos que utilizan este insumo dentro de sus procesos productivos, los que se denominan mercados conexos.

57. Para estos efectos, las Solicitantes acompañaron un informe económico a fojas 181, que da cuenta de diversas actividades productivas relevantes en el Sector que necesitan de acceso al agua para su funcionamiento. En particular, en el Sector 1 las principales actividades productivas que utilizan derechos de agua consuntivos como insumo son la agricultura y la minería. A estas la FNE agrega la industria sanitaria, que representaría un 14,5% del total de actividades económicas de los comuneros del referido Sector (foja 137).

D. EFECTOS EN LA LIBRE COMPETENCIA

58. Como se señaló, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas, para que una organización de usuarios de aprovechamiento de aguas obtenga una exención del pago de la patente por el no uso de los mismos, este Tribunal debe declarar que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

59. Sin embargo, tal como se señaló en los párrafos 25, 26 y 27 para dicha declaración debe realizarse un análisis necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectados en virtud del hecho objeto del informe, esto es, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas. Para los efectos anteriores, el análisis debe considerar cómo la creciente sequía que afecta la zona afectada aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

60. En efecto, como hemos adelantado, la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos podría ser consecuencia de la sequía que afecta la zona. En un escenario de escasez de recursos hídricos, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que no los están utilizando, tenderán razonablemente a no cederlos, al menos en su totalidad. Sin embargo, lo desea-

ble en condiciones de sequía extrema es que los derechos de aprovechamiento de aguas que no se están utilizando sean transados a otros potenciales usuarios de estos derechos que aumentan su demanda por los mismos, ya que la sequía les afecta también a ellos negativamente al disminuir el caudal de aguas. De este modo, los derechos de aprovechamiento de aguas estarán en manos de quienes más los valoren.

61. La exención del pago de la patente anual por la no utilización de los derechos de aprovechamiento de agua a sus titulares no hace sino aumentar las posibilidades de que la oferta en el mercado secundario, ya restringida por las condiciones de sequía, se vea restringida aún más, aumentando el acaparamiento de este recurso en manos de titulares que no lo están utilizando. Lo anterior, además, considerando que la CAS administra el uso del 78% de los derechos de aprovisionamiento, por lo que en un contexto de exención en el pago de la patente se incrementa su beneficio y, por lo tanto, aumenta el riesgo que ella misma coordine a sus asociados para implementar esta práctica, dado el elevado porcentaje de derechos que administra. En este contexto, la existencia de la patente produce en sí misma un aumento de la oferta (al menos en el margen), porque el tenedor de los derechos incorporaría parte del costo de oportunidad de mantener un derecho sin usar, lo que incentiva la venta de una parte ellos cuando no son utilizados por sus titulares. En consecuencia, eximir de su pago genera incentivos para acaparar los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados, restringiendo, por lo tanto, la competencia y la asignación eficiente de este recurso.

62. Como se ha señalado, el análisis no puede radicarse exclusivamente en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas, ya que existen actividades que necesitan de dichos derechos para sus procesos productivos. Por tanto, estos otros mercados, aguas abajo, también deben considerarse en el análisis de competencia.

63. En relación con los riesgos a la libre competencia que podrían generarse en actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos para sus procesos productivos, la FNE señala que "*dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los*

mercados conexos. Ello es especialmente cierto si se considera que, a diferencia de la definición del mercado relevante aguas arriba circunscrito al Sector 1, los mercados conexos aguas abajo corresponderían a mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un Sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos" (foja 147).

64. El Informe Económico indica, además, que la minería y la agricultura representan el 93% del agua utilizada en la cuenca del río Copiapó (foja 183), proporción que disminuye al considerar sólo el Sector Hidrogeológico 1 del acuífero Copiapó, en el cual el 14,5% de los derechos están asignados a servicios sanitarios. Sobre las principales actividades económicas aguas abajo, el informe concluye que no hay riesgos anticompetitivos, principalmente debido a que: i) los propietarios de derechos de agua subterránea de la industria minera no tienen la capacidad de afectar los mercados de los productos y subproductos de esta industria pues, dada su escala de producción, ningún proyecto individual de la zona puede afectar los precios internacionales para estos productos; y, ii) la producción agrícola, principalmente uva de mesa, se destina en mayor parte a exportación y su remanente se envía a mercados nacionales, pero la participación en los mercados internacionales no es lo suficientemente relevante para que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas puedan afectar dichos mercados. Como se puede apreciar, tanto el informe de la FNE como el acompañado a fojas 181, no vislumbran mayores riesgos para la libre competencia en los mercados conexos, no existiendo otros antecedentes en el proceso que permitan a este Tribunal razonablemente inferir la existencia de potenciales efectos contrarios a la libre competencia en dichos mercados.

65. Finalmente, cabe señalar que la solicitud de la FNE consistente en que se fije un plazo para la exención del pago de patente es improcedente. Este procedimiento tiene su origen en una solicitud de informe presentada por la CAS 1 y Tinamou, en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en relación con el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, por lo que esta resolución de término reviste la naturaleza de un informe cuyo único objetivo es pronunciarse, al tenor del referido artículo 129 bis, en la forma que se ha explicado en los párrafos 25, 26 y 27.

III. PARTE RESOLUTIVA

SE INFORMA:

A solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 1 Aguas Arriba Embalse Lautaro y Parronales Tinamou Agrícola Limitada, que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Informe acordado con el **voto en contra** de la Ministra Sra. María de la Luz Domper por los siguientes motivos:

1. El mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en sus incisos 4° y 5°, establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

2. La jurisprudencia de este Tribunal ha aplicado lo señalado en dicho artículo. En este mismo Informe se cita el Informe N° 7/2009, en el que se señala que el Tribunal "*debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*". Aplicando este criterio, el Tribunal emitió el Informe N° 13/2018 que, a su vez, incidía en el Sector 4 del acuífero del Rio Copiapó, en el que también existían pocas transacciones en el mercado secundario y que también es parte de la Zona de Prohibición.

3. En lo que respecta a la exención del pago de patente de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la jurisprudencia previa de este Tribunal (véase Informe N° 7/2009) establece que no se considera que existan actos o contratos que afectan la libre competencia si: (i) existe una Comunidad que administra y

distribuye las aguas subterráneas, (ii) existe una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren.

4. Nada justifica el cambio de criterio de este Tribunal para un Sector diferente de la misma cuenca, como se explica a continuación:

4.1. Para el Sector 1 del Rio Copiapó, según consta a fojas 72 y 136, existiría una Comunidad que administra las aguas subterráneas y la DGA habría declarado toda la cuenca del Rio Copiapó, incluyendo el Sector 1, como Zona de Prohibición (Resolución DGA 193 de 27 mayo de 1993). En consecuencia, no se estarían otorgando nuevos permisos para explotar aguas subterráneas.

4.2. Cabe precisar que es función de la respectiva Comunidad de Aguas (o junta de vigilancia en su caso) distribuir los derechos como es debido entre los distintos usuarios (artículo 241 del Código de Aguas). Si la Comunidad de Aguas no distribuye los derechos como debe o no cuenta con la infraestructura necesaria para ello, como lo ha sostenido la DGA en autos, esta entidad cuenta con las herramientas para hacerlo exigible, ello, por cuanto la ley encomienda a la DGA la fiscalización del cumplimiento de las normas dispuestas en el Código de Aguas (artículo 172 bis del Código de Aguas), facultándola, entre otras cosas, para iniciar procedimientos sancionatorios de oficio, recibir denuncias y autodenuncias, inspeccionar terrenos, solicitar el auxilio de la fuerza pública previa autorización del juez de letras competente y aplicar multas a beneficio fiscal (artículo 172 ter y 173 del Código de Aguas). Si ello es así, estaríamos frente a un problema de falta de fiscalización y no necesariamente de un atentado contra la libre competencia. Por otra parte, no está probado en autos que la Comunidad de Aguas no cuente con dichas herramientas. Tampoco se ha presentado una demanda ante este Tribunal que verse sobre dicho asunto. Aspectos que, a juicio de esta disidente, el voto de mayoría debió haber considerado para su decisión.

4.3. Respecto a si habría operado o no un mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, en los párrafos 53 y 54 de este Informe se da

cuenta de las transacciones que se habrían llevado a cabo en los últimos años. Ello permite inferir que existe un mercado secundario. A juicio de esta disidente, y tal como se afirma a fojas 184 vuelta, se trataría de un mercado activo, ya que "*En el período 2013 a 1018 se transaron cerca de 1564,5 l/s en el Sector 1, representando un 71% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo. Si bien no hay límites claros para definir que es un mercado activo, el hecho que se haya transado casi tres cuartos de todo el stock potencial de ser transado en tan solo seis años, es sin duda significativo*".

4.4. Respecto a la posibilidad de que el no uso responda a actividades como acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas o a motivos especulativos, la propia FNE indica, a fojas 138, que, del total de pozos no operativos, aproximadamente dos tercios de los casos correspondería a pozos no habilitados, tratándose de obras que no estarían finalizadas por faltar, por ejemplo, conexión eléctrica o equipo de bombeo. Un 26% se debería a pozos sin agua y un 10% de los casos corresponderían a pozos embancados (debido a daños sufridos producto de aluviones, inundaciones y desborde de ríos en 2015 y 2017). A pesar de que se trata de hechos que la FNE no pudo corroborar, nada indica que el no uso de los derechos de agua subterránea de estos pozos corresponda a actividades de acaparamiento ni tampoco a especulación.

5. Por otra parte, el voto de mayoría ahonda su análisis considerando aspectos dinámicos. Es decir, evalúa el riesgo de que en el futuro se generen actos que atenten contra la libre competencia como consecuencia de la sequía, la cual incentivaría el acaparamiento de derechos de agua no utilizados por parte del titular y afectaría con ello la libre competencia alterando, en consecuencia, la asignación eficiente del recurso (párrafo 27). No obstante, a juicio de esta disidente, dichos riesgos no son de una magnitud tal que ameriten el no otorgarle la exención solicitada. En efecto:

5.1. La FNE agrega que, si se consideran solamente los derechos subterráneos, el Banco de Chile (titular de derechos que tendría la mayor participación) tendría una participación de 23,46% en el caudal total administrado

por la CAS 1 y el índice HHI sería de 1.462 en la Comunidad. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 1 alcanzaría un porcentaje superior al 20% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración. En consecuencia, la FNE concluye que, dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Además, según señala la FNE a fojas 147, los mercados conexos potencialmente afectados, esto es, la minería y la agricultura, son "*mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un Sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos*". Y, a mayor abundamiento, a juicio de esta Ministra, si eventualmente ello sucediera, esto siempre puede ser conocido por este Tribunal en un procedimiento contencioso.

6. Respecto del riesgo identificado en el párrafo 61, esto es que la CAS 1, por agrupar a quienes tienen la propiedad del 100% de los derechos de agua subterráneos en dicho Sector tenga incentivos para coordinar un eventual acaparamiento de esos derechos y con ello restringir su oferta y aumentar los precios, cabe señalar que ello es contrario al fin para el cual se crean dichas comunidades, cual es el de distribuir a prorrata entre sus miembros el caudal de agua del cual se disponga en un momento determinado. Imputarle un riesgo que no ha ocurrido y por lo tanto que tampoco se ha probado, equivale a sancionarlos por una conducta contenciosa que no ha sucedido.

7. Finalmente, respecto de cómo la sequía podría aumentar los riesgos de una asignación ineficiente del recurso, cabe señalar que:

7.1. La sequía genera un problema de oferta y, en un mercado que opera libremente, los precios de los recursos escasos tienden a subir. Esto debiera quedar reflejado en el precio de transacción del bien en el mercado secundario o, en el extremo, las transacciones de dichos bienes debieran disminuir. Esto es precisamente lo que habría ocurrido: se vislumbrarían pocas transacciones y a precios altos.

7.2. El voto de mayoría atribuye el bajo número de transacciones en número y volumen al hecho de que este mercado secundario sería poco líquido. Lamentablemente se olvida que ello puede ser consecuencia de la misma escasez existente en la zona y al hecho de que no se ha ajustado la tenencia o el derecho de propiedad de cada uno al volumen proporcional que hay disponible.

7.3. Tal como la FNE reconoce "*la patente por no uso del derecho no permite la corrección del problema estructural, que es la sobreexplotación del recurso, producto de la existencia de demasiados permisos*" (fojas 132). Es decir, no ayuda en el racionamiento del uso de los mismos. Este rol lo llevan a cabo las juntas de vigilancia y las comunidades de aguas quienes debieran distribuir el volumen disponible a prorrata de lo que corresponde a cada usuario (artículos 17 y 241 del Código de Aguas). Adicionalmente y en específico para los derechos subterráneos, la DGA contaría con otras herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas en escasez, incluso en escasez critica. Así, el artículo 62 del Código de Aguas establece que "*si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada*". Son estas las herramientas que permitirían darle más dinamismo al mercado secundario.

8. En conclusión, la ley permite que este Tribunal exima del pago de la patente a aquellos titulares de derechos que no utilicen las aguas siempre que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. En este caso, no hay ninguna investigación abierta en la FNE ni tampoco una demanda ante este Tribunal que nos permita inferir que existen hechos, actos o convenciones que atentan contra la libre competencia.

9. Por todo lo anterior, esta Ministra considera que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad no impide, restringe ni entorpece la libre competencia en

el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Solicitantes y a los aportantes de antecedentes. Comuníquese mediante oficio a la Dirección General de Aguas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 6° del Código de Aguas. Insértese en el estado diario y archívese, en su oportunidad.
Rol NC N° 454-19.

Emitido por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez.

16 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

INFORME N° 16/2020

(Causa NC N° 455-19)

"Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta y otros de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas".

Fecha dictación: 20 de abril de 2020.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Solicitantes: Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta (CAS 2 o Comunidad), SCM Minera Lumina Copper Chile (Lumina) y Agrícola Las Juntas S.A. (Las Juntas).

Entidades que aportaron antecedentes: Dirección General de Aguas (DGA) y Fiscalía Nacional Económica (FNE).

Objeto del proceso: Determinar si la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (3.340,5 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en la que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Mercado afectado: Mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, agricultura y minería.

Resolución del Tribunal: El Tribunal determinó, mediante el Informe 16/2020, que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no autorizó la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas. Entre los argumentos que fundan el mencionado

Informe, se consideró relevante la creciente sequía que afecta la zona en cuestión, la que aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

Recursos: Sin recursos presentados a la fecha de cierre de esta edición.

Temas que trata: Derechos de aprovechamiento de aguas, sequía, acaparamiento.

INFORME N° 16/2020

Santiago, veinte de abril de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No contencioso.
ROL: NC N° 455-19.
SOLICITANTES: Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta ("CAS 2" o "Comunidad"), SCM Minera Lumina Copper Chile ("Lumina") y Agrícola Las Juntas S.A. ("Las Juntas") todas denominadas en adelante como "las Solicitantes".
OBJETO: De conformidad a lo establecido en los artículos 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas y artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, solicitan que se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (3.340,5 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. SOLICITANTES Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Solicitantes
- Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta;
- SCM Minera Lumina Copper Chile;
- Agrícola Las Juntas S.A.

2. Entidades que aportando antecedentes y formularon observaciones en este expediente
- Dirección General de Aguas ("DGA");
- Fiscalía Nacional Económica ("FNE").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES

1. A fojas 110, la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta, SCM Minera Lumina Copper Chile y Agrícola Las Juntas S.A., solicitan que, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del Código de Aguas, así como lo dispuesto en los artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 2 administra y gestiona, que ascenderían a 3.340,5 litros por segundo ("l/s"), son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

2. Lo anterior, para efectos de poder aplicar a dichos derechos la exención del pago de patente por no uso de aguas, contemplada en el artículo 129 bis 9 incisos 4° a 6° del Código de Aguas.

3. En lo que respecta a los antecedentes de hecho que justifican la Solicitud, las Solicitantes señalan que el valle del río Copiapó tiene una longitud de 160 Kilómetros, dividido en 6 sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común y que la cuenta del río Copiapó abarca las comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama.

4. Las Solicitantes sostienen que en esta zona se habrían constituido derechos de agua siete veces superiores al caudal promedio de recarga del acuífero, lo que habría generado escasez hídrica. A raíz de esta situación, la DGA habría declarado la cuenca del río Copiapó como "*zona de prohibición*" y "*área de restricción*" para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en este acuífero (Resoluciones DGA N°s 193/1993, 232/1994, 750/2000 y 162/2001).

5. Indican que, por expresa disposición del artículo 63 del Código de Aguas la declaración de una zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas da origen a una Comunidad de Aguas formada por todos los usuarios de las aguas subterráneas comprendidos en dicha zona.

6. Añaden que la CAS 2 se habría materializado judicialmente mediante sentencia dictada el 6 de noviembre de 2014 (complementada por resolución del 20 de noviembre de 2014) por el 2º Juzgado de Letras de Copiapó, en el procedimiento rol V-1076-2013. La referida sentencia, además, habría aprobado los estatutos que rigen a la CAS 2 y el listado de usuarios que tienen derechos de aprovechamiento en su respectivo acuífero.

7. Las Solicitantes agregan que, según los estatutos de la CAS 2, el objeto de la Comunidad es administrar y distribuir las aguas del Sector 2 del acuífero de Copiapó, denominado "*Embalse Lautaro - La Puerta*", y proteger los intereses comunes de los miembros de su organización y la sustentabilidad de dicho Sector acuífero.

8. Las Solicitantes sostienen que los miembros de esta Comunidad son todas las personas naturales y jurídicas titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el área ya precisada y todas aquellas personas que, por cualquier título o motivo, les sucedan, total o parcialmente, en el dominio de tales derechos de aprovechamiento. Estos derechos ascenderían a un total de 3.340,5 l/s y se encontrarían inscritos a nombre de sus titulares en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, tal como se consigna en la tabla contenida la Solicitud (fojas 114 a 117). Así, la CAS 2 estaría conformada por 46 comuneros o titulares que tienen constituidos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el Sector.

9. Añaden que, en el Sector 2 del acuífero de Copiapó, solo se encuentran operativos 53 de 65 pozos construidos para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento que administra la Comunidad. Agregan que gran parte de los derechos de aprovechamiento de este Sector no pueden ser ejercidos, precisamente dada las condiciones hídricas y de profundidad de los pozos, y que las modificaciones requeridas para que puedan serlo ascenderían, como mínimo, a una inversión de 100 millones de pesos por cada uno de estos pozos.

10. Las Solicitantes señalan que, para desincentivar la especulación y el acaparamiento de derechos de aprovechamiento, el 2005 se incorporó al Código de Aguas el pago de patentes por la no utilización de las aguas. Indican que

la conducta gravada con dicho pago sería contar con derechos de aprovechamiento respecto de los cuales su titular no ha construido obras de captación y/o restitución. Desde el 2007 algunos de los derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la CAS 2 habrían sido sometidos al pago de esta patente, afectando un caudal de 190 l/s, lo que corresponde al 5,69% del caudal total administrado por la referida Comunidad. Agregan que este caudal no puede ser utilizado dada la inexistencia de agua a la profundidad en que originalmente construyeron los respectivos pozos.

11. Las Solicitantes sostienen que el mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en sus incisos 4° y 6°, establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener esta exención es necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la Comunidad son ejercidos en un área con dichas características.

12. En este sentido, las Solicitantes indican que los derechos administrados por la CAS 2 se encontrarían en la hipótesis que justifica la exención del pago de la patente, ya que: (i) serían administrados y distribuidos por una organización de usuarios declarada por resolución judicial; (ii) la solicitud ha sido realizada por una organización y dos titulares de derechos de aprovechamiento; y (iii) en el área donde se ejercen los derechos no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

13. Respecto al último punto, las Solicitantes señalan que dicha circunstancia constituiría el objeto central del pronunciamiento que solicitan a este Tribunal, y que lo acreditan acompañando una tabla de cambios de titularidad de los derechos de aprovechamiento de quienes forman parte de la CAS 2 (transferencias y transmisiones), lo que evidenciaría un activo mercado de derechos.

14. Adicionalmente, agregan que la Solicitud se enmarcaría dentro de las competencias de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129

bis incisos 4° a 6° del Código de Aguas, que hace remisión a los artículos 17 C y 18 de la Ley N° 19.911 (actuales artículos 18 y 13 del D.L. N° 211).

15. Las Solicitantes citan como precedente el informe N° 7/2009, emitido en el procedimiento Rol NC-350-09, en el que la situación analizada resultaría idéntica a la de la CAS 2, por cuanto (i) una Comunidad administra y distribuye aguas subterráneas, (ii) existía una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren. En el mismo sentido, las Solicitantes hacen referencia al informe N° 13/2018, emitido por este Tribunal en el procedimiento Rol NC-436-17.

16. En consecuencia, la CAS 2, Lumina y Las Juntas solicitan que declare que en el lugar en que se administran y distribuyen sus derechos de aprovechamiento de aguas subterráneos no existen hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

17. Finalmente, las Solicitantes acompañaron a estos autos: (i) a fojas 220, el informe económico de Oscar Melo ("Informe Económico"); y (ii) a fojas 110, diversos documentos que darían cuenta de los problemas hidrológicos del acuífero de Copiapó.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

18. El 18 de abril de 2019, a fojas 129, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la FNE, la DGA, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el Ministerio de Agricultura y al Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, a fin que estos, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

19. A fojas 145, se hizo parte la Fiscalía Nacional Económica, entidad que aportó antecedentes a fojas 164.

19.1. La FNE expone un análisis de la regulación aplicable a la materia, con énfasis en la facultad de la DGA para declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, en el surgimiento de las comunidades de aguas subterráneas y en la figura del pago de patente por no uso de aguas.

19.2. La FNE indica que la justificación del pago de la patente por no uso de aguas encontraría su fundamento en criterios de eficiencia en la asignación de recursos, de manera que, una vez que los derechos de aprovechamiento son concedidos por el Estado, éstos se deberían transar libremente en el mercado, resignándose a quien los valore en mayor medida.

19.3. En este mercado de transacciones de derechos, la FNE identificó tres fenómenos que podrían afectar la libre competencia: (i) que se acaparen permisos con el objetivo de bloquear, restringir o encarecer el acceso a un insumo productivo importante, en este caso, el agua. En el análisis de este riesgo, indica que es relevante tener en consideración que cada derecho viene asociado a un punto geográfico, por lo que podría producirse acaparamiento incluso sin tener una cuota significativa de permisos; (ii) que se especule con el valor de los derechos, pues podrían existir incentivos a que el titular no pretenda usar el recurso, sino que revenderlo posteriormente; y (iii) que exista un actor con poder de mercado en el mercado de derechos transables.

19.4. En este contexto, señala que el pago de una patente por no uso de derechos de aguas podría cumplir, a lo menos, dos objetivos: (i) disuadir conductas que afecten el funcionamiento del mercado, como el acaparamiento de permisos y la especulación respecto de su valor; y (ii) que los titulares de los derechos internalicen los costos sociales de mantener dichos derechos, a la espera de que se ejecute un proyecto que efectivamente los utilice.

19.5. Así, la FNE indica que, atendido el primer objetivo, el valor de la patente debería ser lo suficientemente alto para disuadir dichas conductas. En lo que respecta al segundo objetivo, señala que el valor de la patente debería ser igual al costo de oportunidad, dado por el beneficio marginal que obten-

dría el potencial comprador al explotar dicho derecho. Sin embargo, también indica que sería muy costoso para el regulador obtener la información necesaria para calcular la patente óptima.

19.6. En lo que respecta a las características del acuífero, la FNE señala que ante la falta de recarga natural del río Copiapó, la actual extracción habría generado un sostenido descenso del nivel del agua, impidiendo la renovación del recurso. Asimismo, indica que la cuenca del río Copiapó, al igual que el resto de los acuíferos de las regiones del norte del país, habría sufrido una disminución de sus caudales, mostrando señales claras de sobreexplotación. Por esta razón, la DGA habría declarado como zona de prohibición para nuevas explotaciones de agua subterráneas a la cuenta de este río.

19.7. En lo que respecta al mercado relevante, la FNE señala que las aguas extraídas por los titulares de los derechos son utilizadas como un insumo productivo en empresas que se desempeñan en distintas industrias y rubros. Por lo tanto, distingue el mercado de las transacciones de derechos (mercado aguas arriba) y los mercados en los cuales son utilizadas las aguas como insumo (mercados conexos aguas abajo).

19.8. En lo que respecta al mercado aguas arriba, indica que el mercado relevante del producto y geográfico correspondería al mercado de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales, de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alterado, cuya localización geográfica corresponda a algún punto del Sector 2 de la cuenca del río Copiapó. Por otra parte, los mercados conexos aguas abajo, corresponderían a las distintas industrias que utilizan de forma intensiva el agua, de forma tal que han decidido solicitar o adquirir algún derecho de aprovechamiento en dicho Sector. En ese contexto, señala que las industrias agrícola, minera y sanitaria deberían considerarse en el mercado aguas abajo descrito precedentemente.

19.9. En el análisis del mercado aguas arriba, la FNE observa que (i) la suma de la participación de los tres comuneros con mayor caudal de extracción sería de un 45,89% (ii) la suma de los cinco comuneros con mayor caudal

sería de 56,75%; y (iii) el índice HHI en el Sector 2 sería de 948. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 2 alcanzaría un porcentaje superior al 22% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración.

19.10. La FNE concluye que dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos.

19.11. Asimismo, la FNE analizó la liquidez del mercado aguas arriba –esto es, la cantidad de transacciones de derechos que se efectúan en el mercado secundario– y, según la información recopilada en su investigación, concluyó que el mercado secundario del Sector 2 sería poco líquido. Agrega que esta baja frecuencia de transacciones podría tener un efecto significativo en el precio de los derechos, debido a que la dificultad de encontrar un comprador (o vendedor) podría llevar a un interesado "*apurado*" a aceptar un precio significativamente menor (o mayor) al valor que podría obtener uno que cuente con más tiempo.

19.12. También señala que una alternativa que podría explicar la falta de liquidez en el mercado, es que existan muchos compradores potenciales, pero que los titulares de los derechos sean quienes más los valoran, y que, por lo tanto, no sea posible realizar transacciones mutuamente beneficiosas. Indica que el hecho de que actualmente existan comuneros afectos al pago de patentes por no uso es un indicador de que no existe un mercado particularmente activo, pues, de lo contrario, se celebrarían acuerdos para mitigar dicho gravamen, como el arriendo de derechos.

19.13. La FNE señala que no es clara la relación entre el espíritu de la ley que introdujo el pago de patente por no uso de los derechos y la disposición del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas que contempla la causal para eximirse del pago de patente, que funda la Solicitud de autos. No obstante, atendido el análisis realizado, la FNE indica que no se apreciarían, en principio,

hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el Sector 2. Asimismo, indica que no ha recibido denuncias ni se han iniciado investigaciones sobre estas materias en dicho Sector. Lo anterior, indica la FNE, podría explicarse precisamente por la existencia de la patente por no uso de aguas.

19.14. Agrega que, uno de los objetivos del pago de patente es incentivar que las personas con proyectos poco rentables los vendan a otras con proyectos socialmente eficientes, por lo que, de no aplicarse la patente por no uso, se permitiría el desarrollo de proyectos menos atractivos o ineficientes, la especulación de su valor y el acaparamiento por parte de los titulares de derecho, lo que podría reducir la frecuencia de las transacciones y aumentar el precio de los derechos.

19.15. Respecto a la situación de escasez que existiría en el Sector 2, la FNE considera que la eximición del pago de patente por no uso no sería una solución efectiva ante dicho problema. Además, la Comunidad, sus miembros y la DGA contarían con otras herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas y/o para recargar artificialmente el acuífero.

19.16. Con todo, la FNE considera riesgoso para la libre competencia que se acoja la Solicitud, atendida la baja capacidad de fiscalización de la DGA y la improbabilidad de que se someta a conocimiento del TDLC la revisión de la eximición del pago de patente, en caso que, en el futuro, cambien las circunstancias en el Sector 2.

20. A fojas 153, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y a fojas 161 el Ministerio de Agricultura, respondieron los oficios ordenados a fojas 129, indicando que no tenían antecedentes que aportar a este procedimiento.

21. A fojas 209, la DGA aportó antecedentes y solicitó el rechazo de la Solicitud en todas sus partes. Detalla que mediante la Resolución Exenta N° 3565, de 28 de diciembre de 2018, se fijó el listado de derechos de aprovechamiento de aguas sujetos al pago de patente por no uso, dentro de los cuales se encontraban los derechos administrados por la Comunidad. Agrega que dicha resolución

habría sido dictada conforme a derecho y, por lo tanto, gozaría de presunción de legalidad, por lo que no existe justificación que limite sus efectos.

21.1. De acuerdo a la DGA, los miembros de la Comunidad no cuentan con obras para hacer efectiva la extracción de las aguas, lo que justificaría el pago de la patente por no uso que establece el Código de Aguas. En efecto, señala que la ley no exigiría una utilización efectiva, pero sí contar con las obras necesarias para dicho fin. Así, concluye que el cobro de la patente por no uso constituiría una sanción que grava la porción no utilizada de los derechos y no a sus titulares. En esta línea, la DGA indica que la Excma. Corte Suprema habría señalado que: "*aparece como lógico y obvio que la ley estime que quien solicita un derecho de aprovechamiento lo hace con la finalidad de ejercerlo efectivamente, ya que una interpretación inversa podría fomentar el uso especulativo de esta clase de derechos, que es justamente lo que el legislador ha querido evitar*" (C.14. Rol 6158-2009, 24 de enero de 2012). Por tanto, en opinión de la DGA, no se justificaría aprobar la exención.

21.2. A esto se agrega que, de acuerdo a la DGA, las Solicitantes no cumplirían con los requisitos regulados en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, ya que, al tratarse de derechos sobre aguas subterráneas, la Comunidad no sería una organización que administra y distribuye las aguas, pues no contaría con (i) un sistema único de administración y distribución; (ii) un sistema de control de extracciones que le permita distribuir las aguas a toda la organización; (iii) un reparto proporcional de los derechos; y (iv) sistemas de extracción propios, sino que pertenecen a cada miembro de manera individual.

21.3. Además, indica que, en el área donde se ejercen los derechos de aprovechamiento, sí existirían hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, dado que: (i) del mero hecho de existir transferencias de derechos no es posible derivar, como lo pretenden los Solicitantes, la inexistencia de actos anticompetitivos; (ii) no se pueden constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en el Sector, por haber sido declarado como "*área de prohibición*"; y (iii) existen incentivos al uso especulativo de este recurso, dado su elevadísimo valor y el hecho que no pueden otorgarse nuevos derecho de aprovechamiento por estar cerrado el acuífero.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

22. A fojas 216, consta la citación a audiencia pública para el día 29 de octubre de 2019, a continuación de la audiencia pública de la causa Rol NC Nº454-19, fijada para ese mismo día. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 4 de octubre de 2019, según consta a fojas 217.

23. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de las Solicitantes, de la DGA y de la FNE, según consta en la certificación que rola a fojas 243.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL

24. Las Solicitantes piden a este Tribunal que declare que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 2 administra y gestiona (3.340,5 litros por segundo, de acuerdo a la solicitud) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, con el objeto de acogerse a la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del mismo código. Estas últimas normas establecen el pago de una patente anual por la no utilización de las aguas, es decir, cuando el titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, para lo cual distingue si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos, ambos de ejercicio permanente, así como de ejercicio eventual, indicando en cada caso la forma de cálculo de la patente.

25. En los informes previos que se han emitido en virtud del artículo 129 bis del Código de Aguas, el análisis se centró, fundamentalmente, en determinar si existían conductas atentatorias a la libre competencia en los mercados afectados. Así, por ejemplo, en el Informe N° 7/2009 se señaló que el Tribunal "*debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que*

impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia"; en tanto que en el Informe N° 13/2018 se sostuvo que el análisis consiste en "*examinar las conductas atentatorias a la libre competencia que se presenten o puedan configurarse*".

26. Como se puede apreciar, el análisis que hasta la fecha se ha realizado en esta materia ha sido fundamentalmente estático sobre la situación de competencia que se presenta en los mercados afectados y si en ellos existen o pueden presentarse conductas contrarias a la libre competencia. Sin embargo, no puede perderse de vista que lo que el Código de Aguas mandata a este Tribunal es un informe, el que por su naturaleza no jurisdiccional no lo habilita para emitir pronunciamientos sobre eventuales conductas anticompetitivas –lo que es propio de un procedimiento contencioso– sino sobre las condiciones de competencia de un mercado determinado. En razón de lo anterior, el análisis que debe hacerse en este orden de materias ha de ser necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectos en virtud del hecho objeto del informe, en este caso, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas.

27. Como se verá, los riesgos para la libre competencia no sólo pueden provenir de conductas actuales o potenciales en contra de la libre competencia, sino también de otros hechos, como la creciente sequía que afecta al país, en especial la zona donde se encuentran los derechos de agua objeto de autos, esto es, el valle del río Copiapó (comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama). En este escenario, la sequía puede aumentar los incentivos de los titulares de derechos de agua que no las están utilizando para acaparar dicho recurso y, con ello, restringir la libre competencia, afectando la eficiente asignación del mismo.

28. Sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener presente que no corresponde analizar consideraciones adicionales a la mencionada solicitud, como son la determinación de si la Comunidad solicitante es una organización que administra o distribuye aguas subterráneas, si sus estatutos se ajustan o no a lo exigido por el Código de Aguas, o si la DGA impuso correctamente el pago de la patente por no uso, entre otras. Todos estos asuntos corresponden a materias que no son competencia de este Tribunal.

29. Aclaradas las consideraciones anteriores, el presente informe se estructura en el siguiente orden: (i) en primer lugar, se describe someramente la legislación aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas; (ii) luego, se analizan la estructura y condiciones del mercado de los derechos de agua, incluyendo su distribución y condiciones de entrada, y se realiza una breve mención a los mercados conexos, es decir, aquellos que utilizan derechos de agua en sus procesos productivos; y (iii) por último, se evalúa si la exención del pago de la patente a que se refiere el artículo 129 bis del Código de aguas genera riesgos para la libre competencia en los mercados afectados.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE

30. La regulación de las aguas y sus derechos de aprovechamiento se encuentra contenida principalmente en el Código de Aguas.

31. En específico, esta legislación califica a las aguas subterráneas, objeto de la solicitud, como aquellas que, a diferencia de las aguas superficiales, *"están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas"* (artículo 2° del Código de Aguas). A su vez, de acuerdo con el artículo 5° del mismo código, "[l]*as aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código*".

32. Por su parte, los derechos de aprovechamiento son derechos reales sobre las aguas que permiten su uso y goce, cumpliendo los requisitos que establece el mismo Código. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican de la siguiente forma:

a) *consuntivos o no consuntivos*: los derechos del primer tipo facultan a su titular para consumir totalmente el recurso hídrico en cualquier actividad, mientras que los del segundo permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o constitución del derecho;

b) *de ejercicio permanente o eventuales*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en la dotación que le corresponda a su propietario, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad para satisfacerlos en su integridad, mientras que los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente; y
c) *de ejercicio continuo, discontinuo o alternado*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en forma ininterrumpida las 24 horas del día, los segundos permiten usarlo durante periodos determinados y los terceros permiten su uso entre 2 o más personas que se turnan sucesivamente.

33. En el caso de autos, los derechos de aprovechamiento de aguas cuya titularidad pertenece a los miembros de la CAS 2, recaen sobre aguas subterráneas y son de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo (FNE, a fojas 168; y Solicitantes, a fojas 120).

34. Por otra parte, la obligación de pagar una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos de ejercicio permanente, como los objetos de este informe, se encuentra regulada en el Título XI del Código de Aguas, en particular en el artículo 129 bis 5. Esta norma establece que debe pagarse una patente anual a beneficio fiscal cuando los titulares no han construido obras de captación de aguas. El inciso segundo del citado artículo establece las reglas conforme a las cuales se aplica y calcula dicha patente.

35. Finalmente, en el artículo 129 bis 9 del citado código se establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener este derecho es necesario que este Tribunal declare que los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la organización de usuarios sean ejercidos en un área con dichas características.

C. MERCADO RELEVANTE

C.1 Mercado relevante del producto

36. Corresponde ahora caracterizar el mercado relevante del producto objeto de este informe. En un primer nivel de análisis, como se anticipó, están los derechos de aprovechamiento de aguas, los que pueden ser adquiridos, básicamente, de dos formas: i) mediante el otorgamiento de los mismos que hace la DGA del MOP; y ii) en el mercado secundario, mediante la venta o cesión de dichos derechos por los titulares de los mismos. En lo que interesa a este informe, el análisis se centrará en el mercado secundario de los derechos de aprovechamiento de aguas, debido a que la DGA declaró como zona de prohibición el área geográfica donde se encuentran dichos derechos. Para estos efectos, se analizará la sustitución entre los distintos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que existen en la zona, utilizando los mismos criterios definidos en los informes N° 7/2009 y N° 13/2018.

37. En primer lugar, cabe señalar que, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos, ya que dependerá del uso para el cual se requiera. En este sentido, los derechos consuntivos tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para riego, minería y consumo doméstico. En particular, en el caso de la CAS 2, los comuneros destinan sus caudales principalmente a la agricultura y minería (FNE, foja 183 e Informe Económico, fojas 222 y 223). Por su parte, los derechos no consuntivos, tal como lo señala la FNE a fojas 188, se utilizan principalmente para la generación eléctrica y como ésta no es una actividad económica a la que los comuneros de la CAS 2 destinen sus caudales, dichos derechos no formarán parte del mercado relevante determinado para efectos de este informe.

38. En segundo lugar, tal como fue establecido en los Informes N° 7/2009 y N° 13/2018, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas son sustitutos, dada la escasez existente en la zona de Copiapó. Lo anterior se debe a que en situaciones de escasez el precio relativo del agua aumenta, con lo cual la diferencia en el costo de explotación entre las aguas superficiales y subterráneas se vuelve menos importante en relación al valor del insumo. La

escasez de agua en Copiapó fue informada en este proceso tanto en el aporte de antecedentes de la FNE (fojas 187) como en el de la DGA (fojas 213 vta.). Por esto, al igual que en el Informe N° 13/2018, recaído sobre la misma cuenca hídrica, se considerará que los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas forman parte del mercado relevante.

39. En tercer lugar, los derechos de aprovechamiento de aguas eventuales sólo permiten el uso de los recursos hídricos después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. Dadas las características del área en análisis, el caudal asociado a los derechos y la disponibilidad de agua, es posible concluir que la posibilidad de ejercicio para quienes poseen derechos de aprovechamiento de aguas eventuales es muy limitada o casi inexistente y, por tanto, estos derechos no pueden ser considerados sustitutos de los de ejercicio permanente y no forman parte del mercado relevante.

40. Finalmente, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado pueden ser considerados sustitutos imperfectos entre sí, debido a las diferencias existentes en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos. No obstante, sería posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado sea equivalente a un derecho continuo y que, por ello, sean considerados sustitutos por sus usuarios. Por lo anterior, para efectos de este informe, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado formarán parte del mismo mercado relevante.

41. Sobre la base de todo lo anterior, el mercado relevante del producto corresponde al de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado.

C.2 Mercado relevante geográfico

42. En cuanto al ámbito geográfico, debe definirse si este corresponde a toda la cuenca del Río Copiapó o únicamente el Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó, denominado "*Embalse Lautaro – La Puerta*".

43. Para estos efectos, se debe considerar que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se ejercen en un punto específico ubicado dentro de un Sector Hidrogeológico determinado. Dicho punto debe ser definido por el solicitante al momento de presentar la respectiva solicitud de derecho a la DGA. Asimismo, de acuerdo al artículo 42 del Decreto Supremo N° 203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas (publicado en Diario Oficial 07/03/14), es posible que la DGA autorice el cambio de punto de captación en un mismo Sector Hidrogeológico de aprovechamiento común.

44. Por tanto, dadas estas características el mercado relevante geográfico será definido en términos restrictivos, como el Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó, denominado "*Embalse Lautaro – La Puerta*".

C.3 Distribución de los derechos en el mercado relevante

45. La FNE no pudo identificar los derechos superficiales asignados en la zona geográfica del Sector 2 por falta de información. Sin embargo, como expone en su aporte de antecedentes, el análisis sobre la distribución de los derechos existentes en el mercado relevante no debería alterarse mayormente, *"debido a que el caudal total de los derechos de aguas superficiales no tiene una gran relevancia, si se compara con el caudal total de derechos subterráneos constituidos en el río Copiapó. En efecto, en la cuenca del río Copiapó se han entregado derechos de aguas subterráneas por 21.248 l/s, mientras que los de aguas superficiales corresponden a 2.652 l/s, lo que representan tan solo un 11,1% del total del caudal asignado en derechos*" (fojas 191). Teniendo en consideración esto, a continuación, se realiza una breve caracterización de la distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas del Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó:

TABLA 1 – DISTRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN EL SECTOR 2 DE LA CUENCA DEL RIO COPIAPÓ.

Titular	Caudal (l/s)	Participación
SCM Minera Lumina Cooper Chile	732	21,9%
Agrícola UAC Ltda.	528,5	15,8%
Frutícola y Exportadora Atacama Ltda.	272,5	8,2%
Corpbanca	216	6,5%
Sociedad Frutícola Río Blanco Spa	146,62	4,4%
Agrícola El Cerrillo de Apalta Ltda.	128	3,8%
Agrícola Tres Soles S.A.	125	3,7%
Agrícola UNI-AGRO Copiapó Spa	122	3,7%
Frutera Euroamérica S.A.	91	2,7%
Sociedad Agrícola Santa Rosa Ltda.	90	2,7%
Agrícola JDF Ltda.	75	2,2%
Compañía Agrícola Ganadera Hornito S.A.	70	2,1%
Otros (25 titulares)	743,88	22,3%
Total	**3340,5**	**100,0%**
Índice de concentración aguas subterráneas	Índice HHI	948

Fuente: elaboración propia en base a información provista por la FNE a fojas 178 y 179.

46. En la tabla 1 se observa que la propiedad sobre los derechos de aguas subterráneas en el Sector 2 se encuentra relativamente dispersa, ya que ningún titular alcanzaría el 22% de participación de mercado y el índice HHI sería de 948 unidades, nivel de concentración de mercado que podría ser calificado como poco concentrado de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE.

47. A este respecto, es pertinente tener presente que dicha tabla y su análisis se basan en la concentración de los derechos de aprovisionamiento de aguas y no en el uso efectivo que se haga de tales derechos, como idealmente correspondería, pues no existe en autos información acerca de tal uso.

48. Con todo, y sin considerar el riesgo de coordinación que se menciona más adelante, los niveles de concentración descritos darían cuenta, en principio, de un mercado que no presentaría mayores riesgos para la libre competencia. Sin embargo, en una mirada más prospectiva, estos riesgos dependerán de la liquidez del mercado secundario de los derechos de aprovisionamiento de agua. Lo

anterior por cuanto si la oferta de dichos derechos en el mercado geográfico se viera crecientemente restringida, el acceso a este recurso se vería también crecientemente restringido. Esto se produce por dos razones. Por un lado, quienes disponen de estos derechos tienen menos incentivos a venderlos como producto de la sequía, pues disponen de menos agua para su propio uso y racionalmente podrían especular con una mayor escasez del recurso en el futuro. Por otro lado, se produce un aumento de los demandantes de derechos (principalmente agricultores), cuyos derechos implican menos agua producto de la sequía y, por ende, requieren de más derechos para satisfacer su consumo.

49. En razón de lo expuesto, en caso de no existir un mercado líquido de este recurso, no es suficiente observar la participación en la tenencia de derechos de agua para descartar riesgos para la libre competencia, sino que el análisis debe proseguir con una revisión de las condiciones de entrada y, luego, con una determinación de cuán complejo es el acceso a los derechos de agua en el mercado relevante.

C.4 Condiciones de entrada

50. Como se señaló en el párrafo 36, existen, básicamente, dos formas en que se pueden obtener derechos de aprovechamiento de aguas. La primera de ellas es a través de la presentación de una solicitud a la DGA, la que los entrega en forma gratuita en caso de haber recursos hídricos disponibles. La segunda es mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros en el denominado mercado secundario. Finalmente, es posible obtener derechos por resolución judicial. A estas tres formas se debe agregar la constitución directa del derecho de aprovechamiento por parte del Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, modalidad que es, sin embargo, muy excepcional por lo que no se considerará en el presente análisis.

51. En la actualidad no es posible obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a través de solicitudes a la DGA en el Sector Hidrogeológico "*Embalse Lautaro – La Puerta*", ya que, tal como señalaron todos los aportantes en este expediente (FNE a fojas 193, DGA a fojas 213 y los Solicitantes a fojas 113), mediante Resolución N° 232, de fecha 7 de junio de 1994, la DGA declaró

dicha área como zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas.

52. En cuanto al mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, de acuerdo con el artículo 63 del Código de Aguas, la declaración de un área como zona de prohibición no restringe la transferencia de los derechos ya existentes. Por esto, en principio podría ser posible adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por medio de su compra a terceros, lo que dependerá, naturalmente, de la disponibilidad de derechos en el mercado secundario.

53. En este orden de ideas, los Solicitantes destacan que en el Sector efectivamente han ocurrido cambios de titularidad (fojas 121). Por ejemplo, el Informe Económico que acompañaron señala que "*en el período 2005 a 2015 se transaron cerca de 732 l/s en el Sector 2, representando un 21,9% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo*" (foja 224). Por su parte, la FNE señala que "*en los años 2008 y 2013 se ejecutaron la mayor cantidad de transacciones de derechos de aguas. Sin embargo, a partir del año 2014 y hasta la actualidad, se presenta un bajo número de éstas*" (fojas 195 y 196) y que "[el] *promedio de transferencias y caudal total,* (…) es *de 4,25 transferencias y 127,49 l/s al año, pero, al considerar solamente las transferencias que ocurrieron a partir del año 2014, el promedio disminuye considerablemente a 1,33 y 55,17 l/s al año*", concluyendo que "*debido a la baja cantidad de caudal transado y la baja frecuencia de ocurrencia de estas transacciones, es posible constatar que actualmente existe un mercado poco líquido*" (foja 196). Además, como señala la FNE a fojas 196, el bajo número de transacciones durante los últimos años, que, por cierto, refleja un mercado secundario poco líquido, podría haber tenido un efecto significativo en los precios de los derechos.

54. En suma, si bien se aprecia la existencia de algunas transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a lo largo del tiempo que permiten concluir que existe un mercado secundario, no han sido aportados antecedentes suficientes que den cuenta que se trata de un mercado dinámico y profundo. Por el contrario, el bajo número de transacciones en número y volumen dan cuenta de que este mercado secundario es poco líquido, característica que no permite concluir que los derechos de aprovechamiento de aguas estén

asignados a quienes más los valoran. Asimismo, es razonable inferir que la baja liquidez del mercado secundario se exacerba por la sequía que afecta la zona en la que se encuentran los derechos de aprovechamiento de aguas objeto de este informe, ya que, por un lado, es probable que en ese escenario los titulares de derechos sean más reacios a transferir una parte de los mismos, disminuyendo con ello su oferta; mientras que, por otro lado, aumenta la demanda por los mismos, toda vez que otros usuarios ven reducido su acceso al recurso hídrico. Las pocas transacciones existentes son muy volátiles y no dan señales claras de escasez, lo que impide que exista un precio que permita equilibrar oferta con demanda. De este modo, acceder al no pago de la patente por no uso de estos derechos sólo agravaría la situación, ya que no se darían los incentivos adecuados para un uso más eficiente del escaso recurso hídrico.

C.5 Mercados conexos

55. Tal como se ha considerado en informes anteriores, el análisis que este Tribunal realiza no solamente debe considerar el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino también aquellos que utilizan este insumo dentro de sus procesos productivos, los que se denominan mercados conexos.

56. Para estos efectos, las Solicitantes acompañaron un informe económico a fojas 220, que da cuenta de diversas actividades productivas relevantes en el Sector que necesitan de acceso al agua para su funcionamiento. En particular, en el Sector 2 las principales actividades productivas que utilizan derechos de agua consuntivos como insumo son la agricultura y la minería.

D. EFECTOS EN LA LIBRE COMPETENCIA

57. Como se señaló, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas, para que una organización de usuarios de aprovechamiento de aguas obtenga una exención del pago de la patente por el no uso de los mismos, este Tribunal debe declarar que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

58. Sin embargo, tal como se señaló en los párrafos 25, 26 y 27 para dicha declaración debe realizarse un análisis necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectados en virtud del hecho objeto del informe, esto es, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas. Para los efectos anteriores, el análisis debe considerar cómo la creciente sequía que afecta la zona afectada aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

59. En efecto, como hemos adelantado, la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos podría ser consecuencia de la sequía que afecta la zona. En un escenario de escasez de recursos hídricos, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que no los están utilizando, tenderán razonablemente a no cederlos, al menos en su totalidad. Sin embargo, lo deseable en condiciones de sequía extrema es que los derechos de aprovechamiento de aguas que no se están utilizando sean transados a otros potenciales usuarios de estos derechos que aumentan su demanda por los mismos, ya que la sequía les afecta también a ellos negativamente al disminuir el caudal de aguas. De este modo, los derechos de aprovechamiento de aguas estarán en manos de quienes más los valoren.

60. La exención del pago de la patente anual por la no utilización de los derechos de aprovechamiento de agua a sus titulares no hace sino aumentar las posibilidades de que la oferta en el mercado secundario, ya restringida por las condiciones de sequía, se vea restringida aún más, aumentando el acaparamiento de este recurso en manos de titulares que no lo están utilizando. Lo anterior, además, considerando que la CAS 2 administra el uso del 100% de los derechos de aprovisionamiento de aguas subterráneas en la zona, por lo que en un contexto de exención en el pago de la patente se incrementa su beneficio y, por lo tanto, aumenta el riesgo que ella misma coordine a sus asociados para implementar esta práctica, dado el elevado porcentaje de derechos que administra. En este contexto, la existencia de la patente produce en sí misma un aumento de la oferta (al menos en el margen), porque el tenedor de los derechos

incorporaría parte del costo de oportunidad de mantener un derecho sin usar, lo que incentiva la venta de una parte ellos cuando no son utilizados por sus titulares. En consecuencia, eximir de su pago genera incentivos para acaparar los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados, restringiendo, por lo tanto, la competencia y la asignación eficiente de este recurso.

61. Como se ha señalado, el análisis no puede radicarse exclusivamente en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas, ya que existen actividades que necesitan de dichos derechos para sus procesos productivos. Por tanto, estos otros mercados, aguas abajo, también deben considerarse en el análisis de competencia.

62. En relación con los riesgos a la libre competencia que podrían generarse en actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos para sus procesos productivos, la FNE señala que "*dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Ello es especialmente cierto si se considera que, a diferencia de la definición del mercado relevante aguas arriba circunscrito al Sector 2, los mercados conexos aguas abajo corresponderían a mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un Sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos*" (foja 193).

63. El Informe Económico indica, además, que la minería y la agricultura representan el 93% del agua utilizada en la cuenca del río Copiapó (foja 222), proporción que aumenta al considerar sólo el Sector Hidrogeológico 2 del acuífero Copiapó, en el cual ambas actividades alcanzan el 99% de los derechos asignados. Sobre las principales actividades económicas aguas abajo, el informe concluye que no hay riesgos anticompetitivos, principalmente debido a que: i) los propietarios de derechos de agua subterránea de la industria minera no tienen la capacidad de afectar los mercados de los productos y subproductos de esta industria pues, dada su escala de producción, ningún proyecto individual de la zona puede afectar los precios internacionales para estos productos; y, ii) la producción agrícola, principalmente uva de mesa, se destina en mayor parte a ex-

portación y su remanente se envía a mercados nacionales, pero la participación en los mercados internacionales no es lo suficientemente relevante para que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas puedan afectar dichos mercados. Como se puede apreciar, tanto el informe de la FNE como el acompañado a fojas 220, no vislumbran mayores riesgos para la libre competencia en los mercados conexos, no existiendo otros antecedentes en el proceso que permitan a este Tribunal razonablemente inferir la existencia de potenciales efectos contrarios a la libre competencia en dichos mercados.

64. Finalmente, cabe señalar que la solicitud de la FNE consistente en que se fije un plazo para la exención del pago de patente es improcedente. Este procedimiento tiene su origen en una solicitud de informe presentada por la CAS 2, en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en relación con el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, por lo que esta resolución de término reviste la naturaleza de un informe cuyo único objetivo es pronunciarse, al tenor del referido artículo 129 bis, en la forma que se ha explicado en los párrafos 25, 26 y 27.

III. PARTE RESOLUTIVA

SE INFORMA:

A solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 2 Embalse Lautaro – La Puerta, SCM Minera Lumina Copper Chile y Agrícola Las Juntas S.A., que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Informe acordado con el **voto en contra** de la Ministra Sra. María de la Luz Domper por los siguientes motivos:

1. El mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en sus incisos 4° y 5°, establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos

derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

2. La jurisprudencia de este Tribunal ha aplicado lo señalado en dicho artículo. En este mismo Informe se cita el Informe N° 7/2009, en el que se señala que el Tribunal "*debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*". Aplicando este criterio, el Tribunal emitió el Informe N° 13/2018 que, a su vez, incidía en el Sector 4 del acuífero del Rio Copiapó, en el que también existían pocas transacciones en el mercado secundario y que también es parte de la Zona de Prohibición.

3. En lo que respecta a la exención del pago de patente de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la jurisprudencia previa de este Tribunal (véase Informe N° 7/2009) establece que no se considera que existan actos o contratos que afectan la libre competencia si: (i) existe una Comunidad que administra y distribuye las aguas subterráneas, (ii) existe una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren.

4. Nada justifica el cambio de criterio de este Tribunal para un Sector diferente de la misma cuenca, como se explica a continuación:

4.1. Para el Sector 2 del río Copiapó, según consta a fojas 114 y 181, existiría una Comunidad que administra las aguas subterráneas y la DGA habría declarado toda la cuenca del río Copiapó, incluyendo el Sector 2, como zona de prohibición (Resolución DGA 193 de 27 mayo de 1993). En consecuencia, no se estarían otorgando nuevos permisos para explotar aguas subterráneas.

4.2. Cabe precisar que es función de la respectiva Comunidad de Aguas (o junta de vigilancia en su caso) distribuir los derechos como es debido entre los distintos usuarios (artículo 241 del Código de Aguas). Si la Comunidad de

Aguas no distribuye los derechos como debe o no cuenta con la infraestructura necesaria para ello, como lo ha sostenido la DGA en autos, esta entidad cuenta con las herramientas para hacerlo exigible, ello, por cuanto la ley encomienda a la DGA la fiscalización del cumplimiento de las normas dispuestas en el Código de Aguas (artículo 172 bis del Código de Aguas), facultándola, entre otras cosas, para iniciar procedimientos sancionatorios de oficio, recibir denuncias y autodenuncias, inspeccionar terrenos, solicitar el auxilio de la fuerza pública previa autorización del juez de letras competente y aplicar multas a beneficio fiscal (artículo 172 ter y 173 del Código de Aguas). Si ello es así, estaríamos frente a un problema de falta de fiscalización y no necesariamente de un atentado contra la libre competencia. Por otra parte, no está probado en autos que la Comunidad de Aguas no cuente con dichas herramientas. Tampoco se ha presentado una demanda ante este Tribunal que verse sobre dicho asunto. Aspectos que, a juicio de esta disidente, el voto de mayoría debió haber considerado para su decisión.

4.3. Respecto a si habría operado o no un mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, en el párrafo 53 de este Informe se da cuenta de las transacciones que se habrían llevado a cabo en los últimos años. Ello permite inferir que existe un mercado secundario. A juicio de esta disidente, y tal como se afirma a fojas 224, se trataría de un mercado que ha funcionado, ya que "*en el período 2005 a 2015 se transaron cerca de 732 l/s en el Sector 2, representando un 21,9% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo. Si bien no hay límites claros para definir qué es un mercado activo, el hecho que se haya transado más de un quinto de todo el stock potencial de ser transado en once años, refleja que es un mercado que no tiene gran liquidez, pero que funciona*".

4.4. Respecto a la posibilidad de que el no uso responda a actividades como acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas o a motivos especulativos, la propia FNE indica, a fojas 184, que, del total de pozos no operativos, "*la mitad de los casos correspondería a pozos no habilitados, tratándose de obras que no estarían finalizadas por faltar, por ejemplo, conexión eléctrica o equipo de bombeo, un tercio de los casos correspondería a pozos embancados (debido a los daños sufridos producto de aluviones,*

inundaciones y desborde de ríos en 2015 y 2017), mientras que los restantes serían pozos sin agua (en que el nivel freático es inferior a la profundidad del pozo)". A pesar de que se trata de hechos que la FNE no pudo corroborar, nada indica que el no uso de los derechos de agua subterránea de estos pozos corresponda a actividades de acaparamiento ni tampoco a especulación.

5. Por otra parte, el voto de mayoría ahonda su análisis considerando aspectos dinámicos. Es decir, evalúa el riesgo de que en el futuro se generen actos que atenten contra la libre competencia como consecuencia de la sequía, la cual incentivaría el acaparamiento de derechos de agua no utilizados por parte del titular y afectaría con ello la libre competencia alterando, en consecuencia, la asignación eficiente del recurso (párrafo 27). No obstante, a juicio de esta disidente, dichos riesgos no son de una magnitud tal que ameriten el no otorgarle la exención solicitada. En efecto:

5.1. La FNE agrega que, si se consideran solamente los derechos subterráneos, SCM Minera Lumina Copper Chile (titular de derechos que tendría la mayor participación) tendría una participación de 21,9% en el caudal total administrado por la CAS 2 y el índice HHI sería de 948 en el Sector 2. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 2 alcanzaría un porcentaje superior al 22% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración. En consecuencia, la FNE concluye que, dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Además, según señala la FNE a fojas 193, los mercados conexos potencialmente afectados, esto es, la minería y la agricultura, son "*mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un Sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos*". Y, a mayor abundamiento, a juicio de esta Ministra, si eventualmente ello sucediera, esto siempre puede ser conocido por este Tribunal en un procedimiento contencioso.

6. Respecto del riesgo identificado en el párrafo 60, esto es que la CAS 2, por agrupar a quienes tienen la propiedad del 100% de los derechos de agua subterráneos en dicho Sector tenga incentivos para coordinar un eventual acaparamiento de esos derechos y con ello restringir su oferta y aumentar los precios, cabe señalar que ello es contrario al fin para el cual se crean dichas comunidades, cual es el de distribuir a prorrata entre sus miembros el caudal de agua del cual se disponga en un momento determinado. Imputarle un riesgo que no ha ocurrido y por lo tanto que tampoco se ha probado, equivale a sancionarlos por una conducta contenciosa que no ha sucedido.

7. Finalmente, respecto de cómo la sequía podría aumentar los riesgos de una asignación ineficiente del recurso, cabe señalar que:

7.1. La sequía genera un problema de oferta y, en un mercado que opera libremente, los precios de los recursos escasos tienden a subir. Esto debiera quedar reflejado en el precio de transacción del bien en el mercado secundario o, en el extremo, las transacciones de dichos bienes debieran disminuir. Esto es precisamente lo que habría ocurrido en los últimos años en el Sector 2: se vislumbrarían pocas transacciones desde el año 2014.

7.2. El voto de mayoría atribuye el bajo número de transacciones en número y volumen al hecho de que este mercado secundario sería poco líquido. Lamentablemente se olvida que ello puede ser consecuencia de la misma escasez existente en la zona y al hecho de que no se ha ajustado la tenencia o el derecho de propiedad de cada uno al volumen proporcional que hay disponible.

7.3. Tal como la FNE reconoce "*la patente por no uso del derecho no permite la corrección del problema estructural, que es la sobreexplotación del recurso, producto de la existencia de demasiados permisos*" (fojas 177). Es decir, no ayuda en el racionamiento del uso de los mismos. Este rol lo llevan a cabo las Juntas de Vigilancia y las comunidades de aguas quienes debieran distribuir el volumen disponible a prorrata de lo que corresponde a cada usuario (artículos 17 y 241 del Código de Aguas). Adicionalmente y en específico para los derechos subterráneos, la DGA contaría con otras herra-

mientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas en escasez, incluso en escasez critica. Así, el artículo 62 del Código de Aguas establece que "*si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada*". Son estas las herramientas que permitirían darle más dinamismo al mercado secundario.

8. En conclusión, la ley permite que este Tribunal exima del pago de la patente a aquellos titulares de derechos que no utilicen las aguas siempre que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. En este caso, no hay ninguna investigación abierta en la FNE ni tampoco una demanda ante este Tribunal que nos permita inferir que existen hechos, actos o convenciones que atentan contra la libre competencia.

9. Por todo lo anterior, esta Ministra considera que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad no impide, restringe ni entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Solicitantes y a los aportantes de antecedentes. Comuníquese mediante oficio a la Dirección General de Aguas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 6° del Código de Aguas. Insértese en el estado diario y archívese, en su oportunidad.
Rol NC N° 455-19.

Emitido por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez.

17 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

INFORME N° 17/2020

(Causa NC N° 456-19)

"Solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 3 La Puerta-Mal Paso y otros de informe del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas".

Fecha dictación: 20 de abril de 2020.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Solicitantes: Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 3 La Puerta – Mal Paso (CAS 3 o Comunidad), Agrícola Campos de Cerrillos Limitada (Campos de Cerrillos) y Agrícola don Alfonso SpA (Don Alfonso).

Entidades que aportaron antecedentes: Dirección General de Aguas (DGA) y Fiscalía Nacional Económica (FNE).

Objeto del proceso: Determinar si la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (4.182,35 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en la que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Mercado afectado: Mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, agricultura y minería.

Resolución del Tribunal: El Tribunal determinó, mediante el Informe 17/2020, que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no autorizó la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas. Entre los argumentos que fundan el mencionado

Informe, se consideró relevante la creciente sequía que afecta la zona en cuestión, la que aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

Recursos: Sin recursos presentados a la fecha de cierre de esta edición.

Temas que trata: Derechos de aprovechamiento de aguas, sequía, acaparamiento.

INFORME N° 17/2020

Santiago, veinte de abril de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No contencioso.
ROL: NC N° 456-19.
SOLICITANTES: Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 3 La Puerta - Mal Paso ("CAS 3" o "Comunidad"), Agrícola Campos de Cerrillos Limitada ("Campos de Cerrillos") y Agrícola don Alfonso SpA ("Don Alfonso") todas denominadas en adelante como "las Solicitantes".
OBJETO: De conformidad a lo establecido en los artículos 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas y artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, solicitan que se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la Comunidad administra y gestiona (4.182,35 litros por segundo) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. LAS SOLICITANTES Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

a) Solicitantes
- Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 3 La Puerta – Mal Paso;
- Agrícola Campos de Cerrillos Limitada;
- Agrícola don Alfonso SpA.

b) Entidades que aportando antecedentes y formularon observaciones en este expediente
- Dirección General de Aguas ("DGA");
- Fiscalía Nacional Económica ("FNE").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS SOLICITANTES

1. A fojas 95, la Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 3 La Puerta – Mal Paso, Agrícola Campos de Cerrillos Limitada y Agrícola don Alfonso SpA, solici-

tan que, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 bis 9 incisos 4° al 6° del Código de Aguas, así como lo dispuesto en los artículos 18 y 31 del D.L. N° 211, se declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 3 administra y gestiona, que ascenderían a 4.182,35 litros por segundo ("l/s"), son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

2. Lo anterior, para efectos de poder aplicar a dichos derechos la exención del pago de patente por no uso de aguas, contemplada en el artículo 129 bis 9 incisos 4° a 6° del Código de Aguas.

3. En lo que respecta a los antecedentes de hecho que justifican la Solicitud, las Solicitantes señalan que el valle del río Copiapó tiene una longitud de 160 Kilómetros, dividido en 6 sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común y que la cuenta del río Copiapó abarca las comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama.

4. Las Solicitantes sostienen que en esta zona se habrían constituido derechos de agua siete veces superiores al caudal promedio de recarga del acuífero, lo que habría generado escasez hídrica. A raíz de esta situación, la DGA habría declarado la cuenca del río Copiapó como "*zona de prohibición*" y "*área de restricción*" para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en este acuífero (Resoluciones DGA N°s 193/1993, 232/1994, 750/2000 y 162/2001).

5. Indican que, por expresa disposición del artículo 63 del Código de Aguas la declaración de una zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas da origen a una Comunidad de Aguas formada por todos los usuarios de las aguas subterráneas comprendidos en dicha zona.

6. Añaden que la CAS 3 se habría materializado judicialmente mediante sentencia dictada el 29 de abril de 2014 (posteriormente rectificada, modificada y complementada, según se indica a fojas 98) por el 4º Juzgado de Letras de Copiapó, en el procedimiento rol V-174-2013. La referida sentencia, además, habría aprobado los estatutos que rigen a la CAS 3 y el listado de usuarios que tienen derechos de aprovechamiento en su respectivo acuífero.

7. Las Solicitantes agregan que, según los estatutos de la CAS 3, el objeto de la Comunidad es administrar y distribuir las aguas del Sector 3 del acuífero de Copiapó, denominado "*La Puerta – Mal Paso*", y proteger los intereses comunes de los miembros de su organización y la sustentabilidad de dicho Sector acuífero.

8. Las Solicitantes sostienen que los miembros de esta Comunidad son todas las personas naturales y jurídicas titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el área ya precisada y todas aquellas personas que, por cualquier título o motivo, les sucedan, total o parcialmente, en el dominio de tales derechos de aprovechamiento. Estos derechos ascenderían a un total de 4.182,35 l/s y se encontrarían inscritos a nombre de sus titulares en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, tal como se consigna en la tabla contenida la Solicitud (fojas 99 a 104). Así, la CAS 3 estaría conformada por 40 comuneros o titulares que tienen constituidos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el Sector.

9. Añaden que, en el Sector 3 del acuífero de Copiapó, solo se encuentran operativos 61 de 107 pozos construidos para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento que administra la Comunidad. Agregan que gran parte de los derechos de aprovechamiento de este Sector no pueden ser ejercidos, precisamente dada las condiciones hídricas y de profundidad de los pozos, y que las modificaciones requeridas para que puedan serlo ascenderían, como mínimo, a una inversión de 100 millones de pesos por cada uno de estos pozos.

10. Las Solicitantes señalan que, para desincentivar la especulación y el acaparamiento de derechos de aprovechamiento, el 2005 se incorporó al Código de Aguas el pago de patentes por la no utilización de las aguas. Indican que la conducta gravada con dicho pago sería contar con derechos de aprovechamiento respecto de los cuales su titular no ha construido obras de captación y/o restitución. Desde el 2007 algunos de los derechos de aprovechamiento de aguas administrados por la CAS 3 habrían sido sometidos al pago de esta patente, afectando un caudal de 424 l/s, lo que corresponde al 10,1% del caudal total administrado por la referida Comunidad. Agregan que este caudal no puede ser utilizado dada la inexistencia de agua a la profundidad en que originalmente construyeron los respectivos pozos.

11. Las Solicitantes sostienen que el mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en sus incisos 4° y 6°, establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener esta exención es necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la Comunidad son ejercidos en un área con dichas características.

12. En este sentido, las Solicitantes indican que los derechos administrados por la CAS 3 se encontrarían en la hipótesis que justifica la exención del pago de la patente, ya que: (i) serían administrados y distribuidos por una organización de usuarios declarada por resolución judicial; (ii) la solicitud ha sido realizada por una organización y dos titulares de derechos de aprovechamiento; y (iii) en el área donde se ejercen los derechos no existirían hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

13. Respecto al último punto, las Solicitantes señalan que dicha circunstancia constituiría el objeto central del pronunciamiento que solicitan a este Tribunal, y que lo acreditan acompañando una tabla de cambios de titularidad de los derechos de aprovechamiento de quienes forman parte de la CAS 3 (transferencias y transmisiones), lo que evidenciaría un activo mercado de derechos.

14. Adicionalmente, agregan que la Solicitud se enmarcaría dentro de las competencias de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis incisos 4° a 6° del Código de Aguas, que hace remisión a los artículos 17 C y 18 de la Ley N° 19.911 (actuales artículos 18 y 13 del D.L. N° 211).

15. Las Solicitantes citan como precedente el informe N° 7/2009, emitido en el procedimiento Rol NC-350-09, en el que la situación analizada resultaría idéntica a la de la CAS 3, por cuanto (i) una Comunidad administra y distribuye aguas subterráneas, (ii) existía una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso

a dichos derechos por parte de quienes lo requieren. En el mismo sentido, las Solicitantes hacen referencia al informe N° 13/2018, emitido por este Tribunal en el procedimiento Rol NC-436-17.

16. En consecuencia, la CAS 3, Campos de Cerrillos y Don Alfonso solicitan que declare que en el lugar en que se administran y distribuyen sus derechos de aprovechamiento de aguas subterráneos no existen hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

17. Finalmente, las Solicitantes acompañaron a estos autos: (i) a fojas 211, el informe económico de Oscar Melo ("Informe Económico"); y (ii) a fojas 95, diversos documentos que darían cuenta de los problemas hidrológicos del acuífero de Copiapó.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

18. El 18 de abril de 2019, a fojas 116, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la FNE, la DGA, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el Ministerio de Agricultura y al Conservador de Bienes Raíces de Copiapó, a fin que estos, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

19. A fojas 132, se hizo parte la Fiscalía Nacional Económica, entidad que aportó antecedentes a fojas 151.

19.1. La FNE expone un análisis de la regulación aplicable a la materia, con énfasis en la facultad de la DGA para declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, en el surgimiento de las comunidades de aguas subterráneas y en la figura del pago de patente por no uso de aguas.

19.2. La FNE indica que la justificación del pago de la patente por no uso de aguas encontraría su fundamento en criterios de eficiencia en la asigna-

ción de recursos, de manera que, una vez que los derechos de aprovechamiento son concedidos por el Estado, éstos se deberían transar libremente en el mercado, resignándose a quien los valore en mayor medida.

19.3. En este mercado de transacciones de derechos, la FNE identificó tres fenómenos que podrían afectar la libre competencia: (i) que se acaparen permisos con el objetivo de bloquear, restringir o encarecer el acceso a un insumo productivo importante, en este caso, el agua. En el análisis de este riesgo, indica que es relevante tener en consideración que cada derecho viene asociado a un punto geográfico, por lo que podría producirse acaparamiento incluso sin tener una cuota significativa de permisos; (ii) que se especule con el valor de los derechos, pues podrían existir incentivos a que el titular no pretenda usar el recurso, sino que revenderlo posteriormente; y (iii) que exista un actor con poder de mercado en el mercado de derechos transables.

19.4. En este contexto, señala que el pago de una patente por no uso de derechos de aguas podría cumplir, a lo menos, dos objetivos: (i) disuadir conductas que afecten el funcionamiento del mercado, como el acaparamiento de permisos y la especulación respecto de su valor; y (ii) que los titulares de los derechos internalicen los costos sociales de mantener dichos derechos, a la espera de que se ejecute un proyecto que efectivamente los utilice.

19.5. Así, la FNE indica que, atendido el primer objetivo, el valor de la patente debería ser lo suficientemente alto para disuadir dichas conductas. En lo que respecta al segundo objetivo, señala que el valor de la patente debería ser igual al costo de oportunidad, dado por el beneficio marginal que obtendría el potencial comprador al explotar dicho derecho. Sin embargo, también indica que sería muy costoso para el regulador obtener la información necesaria para calcular la patente óptima.

19.6. En lo que respecta a las características del acuífero, la FNE señala que ante la falta de recarga natural del río Copiapó, la actual extracción habría generado un sostenido descenso del nivel del agua, impidiendo la renovación del recurso. Asimismo, indica que la cuenca del río Copiapó, al igual que el resto de los acuíferos de las regiones del norte del país, habría sufrido

una disminución de sus caudales, mostrando señales claras de sobreexplotación. Por esta razón, la DGA habría declarado como zona de prohibición para nuevas explotaciones de agua subterráneas a la cuenta de este río.

19.7. En lo que respecta al mercado relevante, la FNE señala que las aguas extraídas por los titulares de los derechos son utilizadas como un insumo productivo en empresas que se desempeñan en distintas industrias y rubros. Por lo tanto, distingue el mercado de las transacciones de derechos (mercado aguas arriba) y los mercados en los cuales son utilizadas las aguas como insumo (mercados conexos aguas abajo).

19.8. En lo que respecta al mercado aguas arriba, indica que el mercado relevante del producto y geográfico correspondería al mercado de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales, de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alterado, cuya localización geográfica corresponda a algún punto del Sector 3 de la cuenca del río Copiapó. Por otra parte, los mercados conexos aguas abajo, corresponderían a las distintas industrias que utilizan de forma intensiva el agua, de forma tal que han decidido solicitar o adquirir algún derecho de aprovechamiento en dicho Sector. En ese contexto, señala que las industrias agrícola y minera deberían considerarse en el mercado aguas abajo descrito precedentemente.

19.9. En el análisis del mercado aguas arriba, la FNE observa que (i) la suma de la participación de los tres comuneros con mayor caudal de extracción sería de un 39,92% (ii) la suma de los cinco comuneros con mayor caudal sería de 53,24%; y (iii) el índice HHI en el Sector 3 sería de 786. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 3 alcanzaría un porcentaje superior al 20% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración.

19.10. La FNE concluye que dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos.

19.11. Asimismo, la FNE analizó la liquidez del mercado aguas arriba –esto es, la cantidad de transacciones de derechos que se efectúan en el mercado secundario– y, según la información recopilada en su investigación, concluyó que el mercado secundario del Sector 3 sería poco líquido. Agrega que esta baja frecuencia de transacciones podría tener un efecto significativo en el precio de los derechos, debido a que la dificultad de encontrar un comprador (o vendedor) podría llevar a un interesado "*apurado*" a aceptar un precio significativamente menor (o mayor) al valor que podría obtener uno que cuente con más tiempo.

19.12. También señala que una alternativa que podría explicar la falta de liquidez en el mercado, es que existan muchos compradores potenciales, pero que los titulares de los derechos sean quienes más los valoran, y que, por lo tanto, no sea posible realizar transacciones mutuamente beneficiosas. Indica que el hecho de que actualmente existan comuneros afectos al pago de patentes por no uso es un indicador de que no existe un mercado particularmente activo, pues, de lo contrario, se celebrarían acuerdos para mitigar dicho gravamen, como el arriendo de derechos.

19.13. La FNE señala que no es clara la relación entre el espíritu de la ley que introdujo el pago de patente por no uso de los derechos y la disposición del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas que contempla la causal para eximirse del pago de patente, que funda la Solicitud de autos. No obstante, atendido el análisis realizado, la FNE indica que no se apreciarían, en principio, hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en el Sector 3. Asimismo, indica que no ha recibido denuncias ni se han iniciado investigaciones sobre estas materias en dicho Sector. Lo anterior, indica la FNE, podría explicarse precisamente por la existencia de la patente por no uso de aguas.

19.14. Agrega que, uno de los objetivos del pago de patente es incentivar que las personas con proyectos poco rentables los vendan a otras con proyectos socialmente eficientes, por lo que, de no aplicarse la patente por no uso, se permitiría el desarrollo de proyectos menos atractivos o ineficientes, la especulación de su valor y el acaparamiento por parte de los titula-

res de derecho, lo que podría reducir la frecuencia de las transacciones y aumentar el precio de los derechos.

19.15. Respecto a la situación de escasez que existiría en el Sector 3, la FNE considera que la eximición del pago de patente por no uso no sería una solución efectiva ante dicho problema. Además, la Comunidad, sus miembros y la DGA contarían con otras herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas y/o para recargar artificialmente el acuífero.

19.16. Con todo, la FNE considera riesgoso para la libre competencia que se acoja la Solicitud, atendida la baja capacidad de fiscalización de la DGA y la improbabilidad de que se someta a conocimiento del TDLC la revisión de la eximición del pago de patente, en caso que, en el futuro, cambien las circunstancias en el Sector 3.

20. A fojas 140, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y a fojas 148 el Ministerio de Agricultura, respondieron los oficios ordenados a fojas 116, indicando que no tenían antecedentes que aportar a este procedimiento.

21. A fojas 200, la DGA aportó antecedentes y solicitó el rechazo de la Solicitud en todas sus partes. Detalla que mediante la Resolución Exenta N° 3565, de 28 de diciembre de 2018, se fijó el listado de derechos de aprovechamiento de aguas sujetos al pago de patente por no uso, dentro de los cuales se encontraban los derechos administrados por la Comunidad. Agrega que dicha resolución habría sido dictada conforme a derecho y, por lo tanto, gozaría de presunción de legalidad, por lo que no existe justificación que limite sus efectos.

21.1. De acuerdo a la DGA, los miembros de la Comunidad no cuentan con obras para hacer efectiva la extracción de las aguas, lo que justificaría el pago de la patente por no uso que establece el Código de Aguas. En efecto, señala que la ley no exigiría una utilización efectiva, pero sí contar con las obras necesarias para dicho fin. Así, concluye que el cobro de la patente por no uso constituiría una sanción que grava la porción no utilizada de los derechos y no a sus titulares. En esta línea, la DGA indica que la Excma. Corte Suprema habría señalado que: "*aparece como lógico y obvio que la ley esti-*

me que quien solicita un derecho de aprovechamiento lo hace con la finalidad de ejercerlo efectivamente, ya que una interpretación inversa podría fomentar el uso especulativo de esta clase de derechos, que es justamente lo que el legislador ha querido evitar" (C.14. Rol 6158-2009, 24 de enero de 2012). Por tanto, en opinión de la DGA, no se justificaría aprobar la exención.

21.2. A esto se agrega que, de acuerdo a la DGA, las Solicitantes no cumplirían con los requisitos regulados en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, ya que, al tratarse de derechos sobre aguas subterráneas, la Comunidad no sería una organización que administra y distribuye las aguas, pues no contaría con (i) un sistema único de administración y distribución; (ii) un sistema de control de extracciones que le permita distribuir las aguas a toda la organización; (iii) un reparto proporcional de los derechos; y (iv) sistemas de extracción propios, sino que pertenecen a cada miembro de manera individual.

21.3. Además, indica que, en el área donde se ejercen los derechos de aprovechamiento, sí existirían hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, dado que: (i) del mero hecho de existir transferencias de derechos no es posible derivar, como lo pretenden los Solicitantes, la inexistencia de actos anticompetitivos; (ii) no se pueden constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en el Sector, por haber sido declarado como "*área de prohibición*"; y (iii) existen incentivos al uso especulativo de este recurso, dado su elevadísimo valor y el hecho que no pueden otorgarse nuevos derecho de aprovechamiento por estar cerrado el acuífero.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

22. A fojas 207, consta la citación a audiencia pública para el día 29 de octubre de 2019, a continuación de la audiencia pública de la causa Rol NC Nº 455-19, fijada para ese mismo día. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 4 de octubre de 2019, según consta a fojas 208.

23. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de las Solicitantes, de la DGA y de la FNE, según consta en la certificación que rola a fojas 235.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. TÉRMINOS Y ALCANCES DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE TRIBUNAL

24. Las Solicitantes piden a este Tribunal que declare que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que la CAS 3 administra y gestiona (4.182,35 litros por segundo, de acuerdo a la solicitud) son efectivamente administrados y distribuidos en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, con el objeto de acogerse a la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del mismo código. Estas últimas normas establecen el pago de una patente anual por la no utilización de las aguas, es decir, cuando el titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, para lo cual distingue si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos, ambos de ejercicio permanente, así como de ejercicio eventual, indicando en cada caso la forma de cálculo de la patente.

25. En los informes previos que se han emitido en virtud del artículo 129 bis del Código de Aguas, el análisis se centró, fundamentalmente, en determinar si existían conductas atentatorias a la libre competencia en los mercados afectados. Así, por ejemplo, en el Informe N° 7/2009 se señaló que el Tribunal "*debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*"; en tanto que en el Informe N° 13/2018 se sostuvo que el análisis consiste en "*examinar las conductas atentatorias a la libre competencia que se presenten o puedan configurarse*".

26. Como se puede apreciar, el análisis que hasta la fecha se ha realizado en esta materia ha sido fundamentalmente estático sobre la situación de competencia que se presenta en los mercados afectados y si en ellos existen o pueden presen-

tarse conductas contrarias a la libre competencia. Sin embargo, no puede perderse de vista que lo que el Código de Aguas mandata a este Tribunal es un informe, el que por su naturaleza no jurisdiccional no lo habilita para emitir pronunciamientos sobre eventuales conductas anticompetitivas –lo que es propio de un procedimiento contencioso– sino sobre las condiciones de competencia de un mercado determinado. En razón de lo anterior, el análisis que debe hacerse en este orden de materias ha de ser necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectos en virtud del hecho objeto del informe, en este caso, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas.

27. Como se verá, los riesgos para la libre competencia no sólo pueden provenir de conductas actuales o potenciales en contra de la libre competencia, sino también de otros hechos, como la creciente sequía que afecta al país, en especial la zona donde se encuentran los derechos de agua objeto de autos, esto es, el valle del río Copiapó (comunas de Copiapó, Tierra Amarilla y Caldera, de la provincia de Copiapó, en la tercera región de Atacama). En este escenario, la sequía puede aumentar los incentivos de los titulares de derechos de agua que no las están utilizando para acaparar dicho recurso y, con ello, restringir la libre competencia, afectando la eficiente asignación del mismo.

28. Sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener presente que no corresponde analizar consideraciones adicionales a la mencionada solicitud, como son la determinación de si la Comunidad solicitante es una organización que administra o distribuye aguas subterráneas, si sus estatutos se ajustan o no a lo exigido por el Código de Aguas, o si la DGA impuso correctamente el pago de la patente por no uso, entre otras. Todos estos asuntos corresponden a materias que no son competencia de este Tribunal.

29. Aclaradas las consideraciones anteriores, el presente informe se estructura en el siguiente orden: (i) en primer lugar, se describe someramente la legislación aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas; (ii) luego, se analizan la estructura y condiciones del mercado de los derechos de agua, incluyendo su distribución y condiciones de entrada, y se realiza una breve mención a los mercados conexos, es decir, aquellos que utilizan derechos de agua en sus procesos

productivos; y (iii) por último, se evalúa si la exención del pago de la patente a que se refiere el artículo 129 bis del Código de aguas genera riesgos para la libre competencia en los mercados afectados.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE

30. La regulación de las aguas y sus derechos de aprovechamiento se encuentra contenida principalmente en el Código de Aguas.

31. En específico, esta legislación califica a las aguas subterráneas, objeto de la solicitud, como aquellas que, a diferencia de las aguas superficiales, *"están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas"* (artículo 2° del Código de Aguas). A su vez, de acuerdo con el artículo 5° del mismo código, "[l]*as aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código*".

32. Por su parte, los derechos de aprovechamiento son derechos reales sobre las aguas que permiten su uso y goce, cumpliendo los requisitos que establece el mismo Código. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican de la siguiente forma:

a) *consuntivos o no consuntivos*: los derechos del primer tipo facultan a su titular para consumir totalmente el recurso hídrico en cualquier actividad, mientras que los del segundo permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o constitución del derecho;

b) *de ejercicio permanente o eventuales*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en la dotación que le corresponda a su propietario, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad para satisfacerlos en su integridad, mientras que los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente; y

c) *de ejercicio continuo, discontinuo o alternado*: los primeros permiten usar el recurso hídrico en forma ininterrumpida las 24 horas del día, los segundos permiten usarlo durante periodos determinados y los terceros permiten su uso entre 2 o más personas que se turnan sucesivamente.

33. En el caso de autos, los derechos de aprovechamiento de aguas cuya titularidad pertenece a los miembros de la CAS 3, recaen sobre aguas subterráneas y son de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo (FNE, a fojas 152; y Solicitantes, a fojas 107).

34. Por otra parte, la obligación de pagar una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos de ejercicio permanente, como los objetos de este informe, se encuentra regulada en el Título XI del Código de Aguas, en particular en el artículo 129 bis 5. Esta norma establece que debe pagarse una patente anual a beneficio fiscal cuando los titulares no han construido obras de captación de aguas. El inciso segundo del citado artículo establece las reglas conforme a las cuales se aplica y calcula dicha patente.

35. Finalmente, en el artículo 129 bis 9 del citado código se establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para obtener este derecho es necesario que este Tribunal declare que los derechos de aprovechamiento de aguas que administra la organización de usuarios sean ejercidos en un área con dichas características.

C. MERCADO RELEVANTE

C.1 Mercado relevante del producto

36. Corresponde ahora caracterizar el mercado relevante del producto objeto de este informe. En un primer nivel de análisis, como se anticipó, están los derechos de aprovechamiento de aguas, los que pueden ser adquiridos, básicamente, de dos formas: i) mediante el otorgamiento de los mismos que hace la DGA

del MOP; y ii) en el mercado secundario, mediante la venta o cesión de dichos derechos por los titulares de los mismos. En lo que interesa a este informe, el análisis se centrará en el mercado secundario de los derechos de aprovechamiento de aguas, debido a que la DGA declaró como zona de prohibición el área geográfica donde se encuentran dichos derechos. Para estos efectos, se analizará la sustitución entre los distintos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que existen en la zona, utilizando los mismos criterios definidos en los informes N° 7/2009 y N° 13/2018.

37. En primer lugar, cabe señalar que, desde el punto de vista de la demanda, los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos, ya que dependerá del uso para el cual se requiera. En este sentido, los derechos consuntivos tienen usos variados, aunque principalmente se utilizan para riego, minería y consumo doméstico. En particular, en el caso de la CAS 3, los comuneros destinan sus caudales principalmente a la agricultura y minería (FNE, foja 168 e Informe Económico, fojas 213 y 214). Por su parte, los derechos no consuntivos, tal como lo señala la FNE a fojas 154, se utilizan principalmente para la generación eléctrica y como ésta no es una actividad económica a la que los comuneros de la CAS 3 destinen sus caudales, dichos derechos no formarán parte del mercado relevante determinado para efectos de este informe.

38. En segundo lugar, tal como fue establecido en los Informes N° 7/2009 y N° 13/2018, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas son sustitutos, dada la escasez existente en la zona de Copiapó. Lo anterior se debe a que en situaciones de escasez el precio relativo del agua aumenta, con lo cual la diferencia en el costo de explotación entre las aguas superficiales y subterráneas se vuelve menos importante en relación al valor del insumo. La escasez de agua en Copiapó fue informada en este proceso tanto en el aporte de antecedentes de la FNE (fojas 186) como en el de la DGA (fojas 204 vta.). Por esto, al igual que en el Informe N° 13/2018, recaído sobre la misma cuenca hídrica, se considerará que los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas forman parte del mercado relevante.

39. En tercer lugar, los derechos de aprovechamiento de aguas eventuales sólo permiten el uso de los recursos hídricos después de abastecidos los derechos de

ejercicio permanente. Dadas las características del área en análisis, el caudal asociado a los derechos y la disponibilidad de agua, es posible concluir que la posibilidad de ejercicio para quienes poseen derechos de aprovechamiento de aguas eventuales es muy limitada o casi inexistente y, por tanto, estos derechos no pueden ser considerados sustitutos de los de ejercicio permanente y no forman parte del mercado relevante.

40. Finalmente, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado pueden ser considerados sustitutos imperfectos entre sí, debido a las diferencias existentes en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos. No obstante, sería posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado sea equivalente a un derecho continuo y que, por ello, sean considerados sustitutos por sus usuarios. Por lo anterior, para efectos de este informe, los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio continuo, discontinuo o alternado formarán parte del mismo mercado relevante.

41. Sobre la base de todo lo anterior, el mercado relevante del producto corresponde al de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, tanto superficiales como subterráneos, de ejercicio permanente y continuo, discontinuo o alternado.

C.2 Mercado relevante geográfico.

42. En cuanto al ámbito geográfico, debe definirse si este corresponde a toda la cuenca del Río Copiapó o únicamente el Sector Hidrogeológico 3 del acuífero Copiapó, denominado "*La Puerta - Mal Paso*".

43. Para estos efectos, se debe considerar que los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se ejercen en un punto específico ubicado dentro de un Sector Hidrogeológico determinado. Dicho punto debe ser definido por el solicitante al momento de presentar la respectiva solicitud de derecho a la DGA. Asimismo, de acuerdo al artículo 42 del Decreto Supremo N° 203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas (publicado en Diario Oficial

07/03/14), es posible que la DGA autorice el cambio de punto de captación en un mismo Sector Hidrogeológico de aprovechamiento común.

44. Por tanto, dadas estas características el mercado relevante geográfico será definido en términos restrictivos, como el Sector Hidrogeológico 3 del acuífero Copiapó, denominado "*La Puerta – Mal Paso*".

C.3 Distribución de los derechos en el mercado relevante.

45. La FNE no pudo identificar los derechos superficiales asignados en la zona geográfica del Sector 3 por falta de información. Sin embargo, como expone en su aporte de antecedentes, el análisis sobre la distribución de los derechos existentes en el mercado relevante no debería alterarse mayormente "*debido a que el caudal total de los derechos de aguas superficiales no tiene una gran relevancia, si se compara con el caudal total de derechos subterráneos constituidos en el río Copiapó. En efecto, en la cuenca del río Copiapó se han entregado derechos de aguas subterráneas por 21.248 l/s, mientras que los de aguas superficiales corresponden a 2.652 l/s, lo que representan tan solo un 11,1% del total del caudal asignado en derechos*" (fojas 178). Teniendo en consideración esto, a continuación, se realiza una breve caracterización de la distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas del Sector Hidrogeológico 3 del acuífero Copiapó:

TABLA 1 – DISTRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN EL SECTOR 3 DE LA CUENCA DEL RIO COPIAPÓ.

Titular	Caudal (l/s)	Participación
Frutícola y Exportadora Atacama Ltda.	736,3	17,6%
Sociedad del Norte Exportadora Frutícola Ltda.	556,7	13,3%
Sociedad Agro Fruta Ltda.	376,5	9,0%
Agrícola Don Alfonso Spa	326	7,8%
SCM Minera Lumina Copper Chile	231	5,5%
Sergio Ruiz Tagle Humeres	220	5,3%
Inmobiliaria La Ltda.	187	4,5%
Compañía Exploradora y Explotadora Chileno Rumana S.A.	140	3,3%
Agrícola Campos de Cerrillo Ltda.	130	3,1%
Agrícola y Comercial Vercelli Ltda.	130	3,1%
Oscar Prohens Espinosa	126	3,0%
Comercial Agrícola e Industrial Pabellón Spa	101,1	2,4%
Minera Catania Verde S.A.	99,4	2,4%
Agrícola Tres Soles S.A.	85	2,0%
Otros (25 titulares)	737,2	17,6%
Total	**4182,2**	**100,0%**
Índice de concentración aguas subterráneas	Índice HHI	786

Fuente: elaboración propia en base a información provista por la FNE a fojas 178 y 179.

46. En la tabla 1 se observa que la propiedad sobre los derechos de aguas subterráneas en el Sector 3 se encuentra relativamente dispersa, ya que ningún titular alcanzaría el 20% de participación de mercado y el índice HHI sería de 786 unidades, nivel de concentración de mercado que podría ser calificado como poco concentrado de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE.

47. A este respecto, es pertinente tener presente que dicha tabla y su análisis se basan en la concentración de los derechos de aprovisionamiento de aguas y no en el uso efectivo que se haga de tales derechos, como idealmente correspondería, pues no existe en autos información acerca de tal uso.

48. Con todo, y sin considerar el riesgo de coordinación que se menciona más adelante, los niveles de concentración descritos darían cuenta, en principio, de un mercado que no presentaría mayores riesgos para la libre competencia. Sin

embargo, en una mirada más prospectiva, estos riesgos dependerán de la liquidez del mercado secundario de los derechos de aprovisionamiento de agua. Lo anterior por cuanto si la oferta de dichos derechos en el mercado geográfico se viera crecientemente restringida, el acceso a este recurso se vería también crecientemente restringido. Esto se produce por dos razones. Por un lado, quienes disponen de estos derechos tienen menos incentivos a venderlos como producto de la sequía, pues disponen de menos agua para su propio uso y racionalmente podrían especular con una mayor escasez del recurso en el futuro. Por otro lado, se produce un aumento de los demandantes de derechos (principalmente agricultores), cuyos derechos implican menos agua producto de la sequía y, por ende, requieren de más derechos para satisfacer su consumo.

49. En razón de lo expuesto, en caso de no existir un mercado líquido de este recurso, no es suficiente observar la participación en la tenencia de derechos de agua para descartar riesgos para la libre competencia, sino que el análisis debe proseguir con una revisión de las condiciones de entrada y, luego, con una determinación de cuán complejo es el acceso a los derechos de agua en el mercado relevante.

C.4 Condiciones de entrada

50. Como se señaló en el párrafo 36, existen, básicamente, dos formas en que se pueden obtener derechos de aprovechamiento de aguas. La primera de ellas es a través de la presentación de una solicitud a la DGA, la que los entrega en forma gratuita en caso de haber recursos hídricos disponibles. La segunda es mediante la compra de derechos ya constituidos por terceros en el denominado mercado secundario. Finalmente, es posible obtener derechos por resolución judicial. A estas tres formas se debe agregar la constitución directa del derecho de aprovechamiento por parte del Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, modalidad que es, sin embargo, muy excepcional por lo que no se considerará en el presente análisis.

51. En la actualidad no es posible obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a través de solicitudes a la DGA en el Sector Hidrogeológico "*La Puerta – Mal Paso*", ya que, tal como señalaron todos los aportantes en este

expediente (FNE a fojas 166, DGA a fojas 204 vta. y los Solicitantes a fojas 98), mediante Resolución N° 232, de fecha 7 de junio de 1994, la DGA declaró dicha área como zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas.

52. A pesar de que no es posible obtener nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en el referido Sector Hidrogeológico en el Informe Económico acompañado a fojas 211 se señala que "*las actividades que se desarrollan en esta área también pueden acceder a otras fuentes de agua, como son las fuentes superficiales, desalación y reúso*" (foja 214 vta.), destacando que ya estaría en operación la planta desalinizadora de la empresa CAP (con capacidad para producir 600 l/s) así como una planta de minera Candelaria (con capacidad para producir 500 l/s), y que existirían proyectos de plantas desalinizadoras con distintos grados de avance por parte de ECONSSA, ENAPAC y Seven Seas Water Chile (con capacidades de 1.200 l/s, 2.630 l/s y 95 l/s, respectivamente). Finalmente, a partir de estos antecedentes, en el mencionado Informe se concluye que "*es claro que actualmente los usuarios de aguas subterráneas tienen un sustituto cercano al agua subterránea y que será cada vez más abundante*" (foja 214 vta.).

53. Sobre las conclusiones del informe citado en el párrafo precedente, a juicio de este Tribunal si bien las plantas desalinizadoras podrían aumentar la oferta de agua, y con ello la desafiabilidad del mercado primario, no consta en el expediente información sobre la cantidad de transacciones de agua producida en dichas plantas ni de los precios a los que éstas se habrían efectuado, así como tampoco del costo al que operarían las plantas desalinizadoras. En consecuencia, la información aportada a fojas 211 sobre las plantas desalinizadoras no será considerada para efectos del análisis del mercado antes definido.

54. En cuanto al mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, de acuerdo con el artículo 63 del Código de Aguas, la declaración de un área como zona de prohibición no restringe la transferencia de los derechos ya existentes. Por esto, en principio podría ser posible adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por medio de su compra a terceros, lo que dependerá, naturalmente, de la disponibilidad de derechos en el mercado secundario.

55. En este orden de ideas, los Solicitantes destacan que en el Sector efectivamente han ocurrido cambios de titularidad (foja 108). Por ejemplo, el Informe Económico que acompañaron señala que "*en el período 2006 a 2016 se transaron cerca de 726,9 l/s en el Sector 3, representando un 17,4% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo*" (foja 215). Por su parte, la FNE señala que "*en los años 2008 y 2011 se ejecutaron la mayor cantidad de transacciones de derechos de aguas. Sin embargo, a partir del año 2012 y hasta la actualidad, se presenta un bajo número de transacciones*" (foja 183) y que "[el]*promedio de transferencias y caudal total,* (…) es *de 7 transacciones y 304 l/s al año, respectivamente*", concluyendo que "*debido a la baja cantidad de caudal transado y la baja frecuencia de ocurrencia de estas transacciones, es posible constatar que actualmente existe un mercado poco líquido*" (foja 183). Cabe mencionar que este Tribunal replicó el análisis expuesto precedentemente empleando los mismos datos acompañados por la FNE a fojas 183, obteniendo un promedio de 4 transacciones y 165 l/s transados para el período comprendido entre los años 2008 y 2019, valores que dan cuenta que el mercado tendría una liquidez menor, aunque la reportada por la FNE. Además, como señala la FNE a fojas 184, el bajo número de transacciones durante los últimos años, que, por cierto, refleja un mercado secundario poco líquido, podría haber tenido un efecto significativo en los precios de los derechos.

56. En suma, si bien se aprecia la existencia de algunas transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a lo largo del tiempo que permiten concluir que existe un mercado secundario, no han sido aportados antecedentes suficientes que den cuenta que se trata de un mercado dinámico y profundo. Por el contrario, el bajo número de transacciones en número y volumen dan cuenta de que este mercado secundario es poco líquido, característica que no permite concluir que los derechos de aprovechamiento de aguas estén asignados a quienes más los valoran. Asimismo, es razonable inferir que la baja liquidez del mercado secundario se exacerba por la sequía que afecta la zona en la que se encuentran los derechos de aprovechamiento de aguas objeto de este informe, ya que, por un lado, es probable que en ese escenario los titulares de derechos sean más reacios a transferir una parte de los mismos, disminuyendo con ello su oferta; mientras que, por otro lado, aumenta la demanda por los mismos, toda vez que otros usuarios ven reducido su acceso al recurso hídrico.

Las pocas transacciones existentes son muy volátiles y no dan señales claras de escasez, lo que impide que exista un precio que permita equilibrar oferta con demanda. De este modo, acceder al no pago de la patente por no uso de estos derechos sólo agravaría la situación, ya que no se darían los incentivos adecuados para un uso más eficiente del escaso recurso hídrico.

C.5 Mercados conexos

57. Tal como se ha considerado en informes anteriores, el análisis que este Tribunal realiza no solamente debe considerar el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino también aquellos que utilizan este insumo dentro de sus procesos productivos, los que se denominan mercados conexos.

58. Para estos efectos, las Solicitantes acompañaron un informe económico a fojas 211, que da cuenta de diversas actividades productivas relevantes en el Sector que necesitan de acceso al agua para su funcionamiento. En particular, en el Sector 3 las principales actividades productivas que utilizan derechos de agua consuntivos como insumo son la agricultura y la minería.

D. EFECTOS EN LA LIBRE COMPETENCIA

59. Como se señaló, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 4° al 6° del Código de Aguas, para que una organización de usuarios de aprovechamiento de aguas obtenga una exención del pago de la patente por el no uso de los mismos, este Tribunal debe declarar que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

60. Sin embargo, tal como se señaló en los párrafos 25, 26 y 27 para dicha declaración debe realizarse un análisis necesariamente prospectivo, centrado en los riesgos y condiciones de competencia que pueden a futuro presentar los mercados afectados en virtud del hecho objeto del informe, esto es, la exención del pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas. Para los efectos anteriores, el análisis debe considerar cómo la creciente sequía que afecta la zona afectada aumenta los riesgos de acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares

que no los utilizan y, consecuentemente, los incentivos para restringir la oferta en el mercado de dichos derechos.

61. En efecto, como hemos adelantado, la falta de dinamismo y profundidad del mercado secundario de derechos podría ser consecuencia de la sequía que afecta la zona. En un escenario de escasez de recursos hídricos, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que no los están utilizando, tenderán razonablemente a no cederlos, al menos en su totalidad. Sin embargo, lo deseable en condiciones de sequía extrema es que los derechos de aprovechamiento de aguas que no se están utilizando sean transados a otros potenciales usuarios de estos derechos que aumentan su demanda por los mismos, ya que la sequía les afecta también a ellos negativamente al disminuir el caudal de aguas. De este modo, los derechos de aprovechamiento de aguas estarán en manos de quienes más los valoren.

62. La exención del pago de la patente anual por la no utilización de los derechos de aprovechamiento de agua a sus titulares no hace sino aumentar las posibilidades de que la oferta en el mercado secundario, ya restringida por las condiciones de sequía, se vea restringida aún más, aumentando el acaparamiento de este recurso en manos de titulares que no lo están utilizando. Lo anterior, además, considerando que la CAS 3 administra el uso del 100% de los derechos de aprovisionamiento de aguas subterráneas en la zona, por lo que en un contexto de exención en el pago de la patente se incrementa su beneficio y, por lo tanto, aumenta el riesgo que ella misma coordine a sus asociados para implementar esta práctica, dado el elevado porcentaje de derechos que administra. En este contexto, la existencia de la patente produce en sí misma un aumento de la oferta (al menos en el margen), porque el tenedor de los derechos incorporaría parte del costo de oportunidad de mantener un derecho sin usar, lo que incentiva la venta de una parte ellos cuando no son utilizados por sus titulares. En consecuencia, eximir de su pago genera incentivos para acaparar los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados, restringiendo, por lo tanto, la competencia y la asignación eficiente de este recurso.

63. Como se ha señalado, el análisis no puede radicarse exclusivamente en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas, ya que existen acti-

vidades que necesitan de dichos derechos para sus procesos productivos. Por tanto, estos otros mercados, aguas abajo, también deben considerarse en el análisis de competencia.

64. En relación con los riesgos a la libre competencia que podrían generarse en actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos para sus procesos productivos, la FNE señala que "*dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Ello es especialmente cierto si se considera que, a diferencia de la definición del mercado relevante aguas arriba circunscrito al Sector 3, los mercados conexos aguas abajo corresponderían a mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un Sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos*" (foja 180).

65. El Informe Económico indica, además, que la minería y la agricultura representan el 93% del agua utilizada en la cuenca del río Copiapó (foja 213), proporción que aumenta al considerar sólo el Sector Hidrogeológico 3 del acuífero Copiapó, en el cual ambas actividades alcanzan el 99,9% de los derechos asignados. Sobre las principales actividades económicas aguas abajo, el informe concluye que no hay riesgos anticompetitivos, principalmente debido a que: i) los propietarios de derechos de agua subterránea de la industria minera no tienen la capacidad de afectar los mercados de los productos y subproductos de esta industria pues, dada su escala de producción, ningún proyecto individual de la zona puede afectar los precios internacionales para estos productos; y, ii) la producción agrícola, principalmente uva de mesa y olivos, se destina en mayor parte a exportación y su remanente se envía a mercados nacionales, pero la participación en los mercados internacionales no es lo suficientemente relevante para que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas puedan afectar dichos mercados. Como se puede apreciar, tanto el informe de la FNE como el acompañado a fojas 211, no vislumbran mayores riesgos para la libre competencia en los mercados conexos, no existiendo otros antecedentes en el proceso que permitan a este Tribunal razonablemente inferir la existencia de potenciales efectos contrarios a la libre competencia en dichos mercados.

66. Finalmente, cabe señalar que la solicitud de la FNE consistente en que se fije un plazo para la exención del pago de patente es improcedente. Este procedimiento tiene su origen en una solicitud de informe presentada por la CAS 3, en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en relación con el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, por lo que esta resolución de término reviste la naturaleza de un informe cuyo único objetivo es pronunciarse, al tenor del referido artículo 129 bis, en la forma que se ha explicado en los párrafos 25, 26 y 27.

III. PARTE RESOLUTIVA

SE INFORMA:

A solicitud de Comunidad de Aguas Subterráneas Sector 3 La Puerta – Mal Paso, Agrícola Campos de Cerrillos Limitada y Agrícola don Alfonso SpA, que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que no procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Informe acordado con el **voto en contra** de la Ministra Sra. María de la Luz Domper por los siguientes motivos:

1. El mismo artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, en sus incisos 4° y 5°, establece que pueden eximirse del pago de la patente por no uso de aguas aquellos derechos de aprovechamiento que sean administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

2. La jurisprudencia de este Tribunal ha aplicado lo señalado en dicho artículo. En este mismo Informe se cita el Informe N° 7/2009, en el que se señala que el Tribunal "*debe limitarse en su análisis únicamente a determinar el mercado relevante de autos y si en dicho mercado relevante existen o no hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*". Apli-

cando este criterio, el Tribunal emitió el Informe N° 13/2018 que, a su vez, incidía en el Sector 4 del acuífero del Rio Copiapó, en el que también existían pocas transacciones en el mercado secundario y que también es parte de la Zona de Prohibición.

3. En lo que respecta a la exención del pago de patente de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la jurisprudencia previa de este Tribunal (véase Informe N° 7/2009) establece que no se considera que existan actos o contratos que afectan la libre competencia si: (i) existe una Comunidad que administra y distribuye las aguas subterráneas, (ii) existe una zona de prohibición en los respectivos acuíferos, y (iii) pese a la existencia de una zona de prohibición, habría operado activamente un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo el acceso a dichos derechos por parte de quienes lo requieren.

4. Nada justifica el cambio de criterio de este Tribunal para un Sector diferente de la misma cuenca, como se explica a continuación:

4.1. Para el Sector 3 del río Copiapó, según consta a fojas 99 y 167, existiría una Comunidad que administra las aguas subterráneas y la DGA habría declarado toda la cuenca del rio Copiapó, incluyendo el Sector 3, como zona de prohibición (Resolución DGA 193 de 27 mayo de 1993). En consecuencia, no se estarían otorgando nuevos permisos para explotar aguas subterráneas.

4.2. Cabe precisar que es función de la respectiva Comunidad de Aguas (o junta de vigilancia en su caso) distribuir los derechos como es debido entre los distintos usuarios (artículo 241 del Código de Aguas). Si la Comunidad de Aguas no distribuye los derechos como debe o no cuenta con la infraestructura necesaria para ello, como lo ha sostenido la DGA en autos, esta entidad cuenta con las herramientas para hacerlo exigible, ello, por cuanto la ley encomienda a la DGA la fiscalización del cumplimiento de las normas dispuestas en el Código de Aguas (artículo 172 bis del Código de Aguas), facultándola, entre otras cosas, para iniciar procedimientos sancionatorios de oficio, recibir denuncias y autodenuncias, inspeccionar terrenos, solicitar el auxilio de la fuerza pública previa autorización del juez de letras competente y aplicar multas a beneficio fiscal (artículo 172 ter y 173 del Código de Aguas). Si ello

es así, estaríamos frente a un problema de falta de fiscalización y no necesariamente de un atentado contra la libre competencia. Por otra parte, no está probado en autos que la Comunidad de Aguas no cuente con dichas herramientas. Tampoco se ha presentado una demanda ante este Tribunal que verse sobre dicho asunto. Aspectos que, a juicio de esta disidente, el voto de mayoría debió haber considerado para su decisión.

4.3. Respecto a si habría operado o no un mercado secundario de derechos de aprovechamiento de aguas, en el párrafo 55 de este Informe se da cuenta de las transacciones que se habrían llevado a cabo en los últimos años. Ello permite inferir que existe un mercado secundario. A juicio de esta disidente, y tal como se afirma a fojas 215, se trataría de un mercado que ha funcionado, ya que "*en el período 2006 a 2016 se transaron cerca de 726,9 l/s en el Sector 3, representando un 17,4% del caudal total otorgado. Esto es una señal de que existe un mercado activo. Si bien no hay límites claros para definir qué es un mercado activo, el hecho que se haya transado un poco menos de un quinto de todo el stock potencial de ser transado en once años, refleja que es un mercado que no tiene gran liquidez, pero que funciona*".

4.4. Respecto a la posibilidad de que el no uso responda a actividades como acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas o a motivos especulativos, la propia FNE indica, a fojas 170, que, del total de pozos no operativos, "*aproximadamente un tercio de los casos correspondería a pozos embancados (debido a daños sufridos producto de aluviones, inundaciones y desbordes de ríos en 2015 y 2017), otro tercio se debería a pozos sin agua (en que el nivel freático es inferior a la profundidad del pozo), mientras que el último tercio correspondería a pozos no habilitados, tratándose de obras que no estarían finalizadas por faltar, por ejemplo, conexión eléctrica o equipos de bombeo*". A pesar de que se trata de hechos que la FNE no pudo corroborar, nada indica que el no uso de los derechos de agua subterránea de estos pozos corresponda a actividades de acaparamiento ni tampoco a especulación.

5. Por otra parte, el voto de mayoría ahonda su análisis considerando aspectos dinámicos. Es decir, evalúa el riesgo de que en el futuro se generen actos que

atenten contra la libre competencia como consecuencia de la sequía, la cual incentivaría el acaparamiento de derechos de agua no utilizados por parte del titular y afectaría con ello la libre competencia alterando, en consecuencia, la asignación eficiente del recurso (párrafo 27). No obstante, a juicio de esta disidente, dichos riesgos no son de una magnitud tal que ameriten el no otorgarle la exención solicitada. En efecto:

> **5.1.** La FNE agrega que, si se consideran solamente los derechos subterráneos, Frutícola y Exportadora Atacama Limitada (titular de derechos que tendría la mayor participación) tendría una participación de 17,6% en el caudal total administrado por la CAS 3 y el índice HHI sería de 786 en el Sector 3. Así, señala que ningún titular de derechos del Sector 3 alcanzaría un porcentaje superior al 20% del caudal asignado y que el índice HHI sería inferior al umbral 1.500 identificado por la FNE como relevante para el análisis de operaciones de concentración. En consecuencia, la FNE concluye que, dados los bajos índices de concentración del mercado aguas arriba, difícilmente los miembros de la Comunidad podrían impedir el acceso al agua respecto de otros actores de los mercados conexos. Además, según señala la FNE a fojas 180, los mercados conexos potencialmente afectados, esto es, la minería y la agricultura, son "*mercados más amplios en términos geográficos, en razón de lo cual, el acceso al agua en un Sector o cuenca determinada no afectaría necesariamente el desempeño competitivo de los actores presentes en dichos mercados conexos*". Y, a mayor abundamiento, a juicio de esta Ministra, si eventualmente ello sucediera, esto siempre puede ser conocido por este Tribunal en un procedimiento contencioso.

6. Respecto del riesgo identificado en el párrafo 62, esto es que la CAS 3, por agrupar a quienes tienen la propiedad del 100% de los derechos de agua subterráneos en dicho Sector tenga incentivos para coordinar un eventual acaparamiento de esos derechos y con ello restringir su oferta y aumentar los precios, cabe señalar que ello es contrario al fin para el cual se crean dichas comunidades, cual es el de distribuir a prorrata entre sus miembros el caudal de agua del cual se disponga en un momento determinado. Imputarle un riesgo que no ha ocurrido y por lo tanto que tampoco se ha probado, equivale a sancionarlos por una conducta contenciosa que no ha sucedido.

7. Finalmente, respecto de cómo la sequía podría aumentar los riesgos de una asignación ineficiente del recurso, cabe señalar que:

7.1. La sequía genera un problema de oferta y, en un mercado que opera libremente, los precios de los recursos escasos tienden a subir. Esto debiera quedar reflejado en el precio de transacción del bien en el mercado secundario o, en el extremo, las transacciones de dichos bienes debieran disminuir. Esto es precisamente lo que habría ocurrido en los últimos años en el Sector 3: se vislumbrarían pocas transacciones desde el año 2012.

7.2. El voto de mayoría atribuye el bajo número de transacciones en número y volumen al hecho de que este mercado secundario sería poco líquido. Lamentablemente se olvida que ello puede ser consecuencia de la misma escasez existente en la zona y al hecho de que no se ha ajustado la tenencia o el derecho de propiedad de cada uno al volumen proporcional que hay disponible.

7.3. Tal como la FNE reconoce "*la patente por no uso del derecho no permite la corrección del problema estructural, que es la sobreexplotación del recurso, producto de la existencia de demasiados permisos*" (fojas 163). Es decir, no ayuda en el racionamiento del uso de los mismos. Este rol lo llevan a cabo las juntas de vigilancia y las comunidades de aguas quienes debieran distribuir el volumen disponible a prorrata de lo que corresponde a cada usuario (artículos 17 y 241 del Código de Aguas). Adicionalmente y en específico para los derechos subterráneos, la DGA contaría con otras herramientas legales para limitar la explotación de las aguas subterráneas en escasez, incluso en escasez critica. Así, el artículo 62 del Código de Aguas establece que "*si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada*". Son estas las herramientas que permitirían darle más dinamismo al mercado secundario.

8. En conclusión, la ley permite que este Tribunal exima del pago de la patente a aquellos titulares de derechos que no utilicen las aguas siempre que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. En este caso, no hay ninguna investigación abierta en la FNE ni tampoco una demanda ante este Tribunal que nos permita inferir que existen hechos, actos o convenciones que atentan contra la libre competencia.

9. Por todo lo anterior, esta Ministra considera que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye esta Comunidad no impide, restringe ni entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, por lo que procede autorizar la exención a que se refiere el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Solicitantes y a los aportantes de antecedentes. Comuníquese mediante oficio a la Dirección General de Aguas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso 6° del Código de Aguas. Insértese en el estado diario y archívese, en su oportunidad.
Rol NC N° 456-19.

Emitido por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez.

ERN 25 / 2018

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

RESOLUCIÓN DE TÉRMINO

(Causa ERN N° 25-2018)

"Expediente de recomendación normativa sobre la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros".

Fecha dictación: 24 de julio de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Solicitante: Asociación Nacional de Televisión A.G.

Entidades que aportaron antecedentes: Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile F.G.N., Asociación de Radiodifusores de Chile, Producciones Megavisión Limitada, Red Televisiva Megavisión, Entel Telefonía Local S.A., Telefónica Empresas Chile S.A., Asociación Gremial de empresarios Hoteleros de Chile, DirecTV Chile Televisión Limitada, VTR Comunicaciones SpA., Claro Comunicaciones S.A., Cámara de Exhibidores Multisalas de Chile A.G., y Asociación Chilena de Operadores de Servicios de Televisión por Suscripción A.G.

Objeto del proceso: Evaluar la pertinencia y oportunidad de ejercer la facultad propositiva respecto de los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración. En particular, determinar (i) si los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual ("LPI") efectivamente son contrarios a la libre competencia; y (ii) si es necesaria la dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de la actividad económica en que incide este expediente, en caso que se estuviera prestando en condiciones no competitivas.

Mercado afectado: Mercado relativo a derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración.

Resolución del Tribunal: El Tribunal determinó que los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la LPI no son contrarios a la libre competencia. Asimismo, consideró que las supuestas falencias del sistema de mediación obligatoria y arbitraje señaladas por los aportantes, de existir, no tendrían su origen en un diseño institucional contrario a la libre competencia. Por otra parte, señaló que no fueron presentados en el proceso antecedentes suficientes que permitan evaluar cómo las medidas propuestas por los distintos aportantes de antecedentes podrían tener un impacto concreto en la libre competencia, por lo que se decidió no ejercer la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211.

Recursos: Recursos de reclamación pendientes ante la Excma. Corte Suprema.

Temas que trata: Derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración, mediación obligatoria, arbitraje, fijación y negociación de tarifas, entidades de negociación colectiva y asociaciones de usuarios.

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: ERN N° 25-18.
SOLICITANTE: Asociación Nacional de Televisión A.G.
OBJETO: Que este Tribunal, ejerciendo la facultad consagrada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, proponga al Presidente de la República la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios destinados a crear y fomentar la competencia en la determinación de las tarifas que se pagan, respecto de distintas obras, por el uso de derechos de autor, conexos e intelectuales particulares.

PARTE EXPOSITIVA

I. Solicitud de recomendación normativa formulada por ANATEL

1. A fojas 83, la Asociación Nacional de Televisión A.G. ("ANATEL" o la "Solicitante"), formuló una solicitud de recomendación normativa respecto de la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual ("LPI"), a fin que este Tribunal, ejerciendo la facultad consagrada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, proponga al Presidente de la República, a través del Ministerio de Educación y/o del Ministerio de las Culturas las Artes y el Patrimonio, o el que sea pertinente, la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios destinados a crear y fomentar la competencia en la determinación de las tarifas que se pagan, respecto de distintas obras, por el uso de derechos de autor, conexos e intelectuales particulares (en adelante, la "Solicitud").

2. La necesidad de esta recomendación descansa en que los defectos y vacíos que existirían en la normativa que regula la fijación de las tarifas por el uso de estos derechos, a juicio de la Solicitante, privarían completamente al mercado de los beneficios de la libre competencia, al punto de que esta actividad hoy, se realizaría bajo condiciones derechamente monopólicas y con enormes distorsiones, las que amenazarían con imponer sobre los usuarios de dichos derechos una carga económica que pondría en riesgo la viabilidad del sistema.

3. Para efectos de una mejor comprensión de las materias que son objeto de la recomendación normativa solicitada, ANATEL desarrolla en su presentación los conceptos de derechos de autor, derechos conexos y derechos especiales de remuneración regulados en leyes especiales.

4. Así, indica que los derechos de autor son aquellos derechos que recaen sobre una obra artística, científica o literaria, cualquiera sea su forma de expresión, y se constituyen en favor de las personas que crean la respectiva obra, desde ese preciso momento. Agrega que estos derechos generan para sus titulares un conjunto de derechos morales y patrimoniales, y que estos últimos otorgan a sus autores la facultad de autorizar o prohibir el uso de sus obras a terceros, así como de percibir una tarifa por su respectivo uso.

5. Señala que los derechos conexos, por su parte, protegen los intereses de quienes contribuyen a la puesta a disposición del público de obras y otros trabajos que, si bien no pueden ser catalogados legalmente como obras, contienen suficiente creatividad, así como capacidad técnica y organizativa. Estos derechos recaen sobre una determinada forma de difusión, la que puede realizarse mediante una interpretación, fonograma o en una emisión radiodifundida; y conceden a sus titulares un conjunto de derechos patrimoniales que les permiten autorizar o prohibir ciertas utilizaciones de sus respectivas interpretaciones, ejecuciones, fonogramas o emisiones, así como percibir una remuneración por el uso público de las mismas.

6. Finalmente, indica que existen leyes que establecen los llamados derechos de "*remuneración especial*" relativos a interpretaciones fijadas en obras audiovisuales. Así, la Ley N° 20.243 protege los derechos de los actores, atendida su calidad de intérpretes audiovisuales, sobre sus ejecuciones artísticas fijadas en obras audiovisuales, otorgándoles un derecho moral de paternidad e integridad y un derecho patrimonial de remuneración. Asimismo, la Ley N° 20.959 extendió el derecho de remuneración de los actores a los directores y guionistas de obras audiovisuales.

7. Ya sea que se trate del derecho a percibir una remuneración o tarifa por los derechos de autor y conexos, o una remuneración especial por derechos intelec-

tuales particulares, el mecanismo de mediación y arbitraje que se aplica para dirimir las controversias que pudieran originarse a este respecto es uno solo, está regulado en los artículos 100 bis y 100 ter de la LPI, y es precisamente la legislación cuya modificación y/o reglamentación se solicita, como se verá más adelante.

8. ANATEL señala que, en relación con este derecho a percibir un pago o tarifa, el artículo 100 de la LPI y las leyes especiales que rigen a actores, directores y guionistas, autorizan a los titulares de los derechos antes referidos a agruparse en corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, denominadas entidades de gestión colectiva ("EGC"), a las que pueden encargar la negociación, fijación y cobro de tarifas por el uso de sus derechos.

9. En lo que respecta a la determinación de tarifas, indica que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 100 de la LPI, éstas son fijadas por cada EGC a través del órgano de administración previsto en sus estatutos y rigen a contar de su publicación en el Diario Oficial. Luego de publicadas, las EGC negocian directa y separadamente con cada usuario el posible uso de tarifas alternativas por periodos determinados.

10. La Solicitante, además, analiza el mercado relevante objeto de la recomendación normativa y las barreras a la entrada que, en su opinión, impedirían que haya competencia.

11. Al respecto, indica que el mercado relevante sería "*el de la oferta y determinación de tarifas por el uso de derechos de autor y derechos conexos protegidos en la LPI, y los derechos especiales de remuneración que leyes especiales (Ley N° 20.243 y N° 20.959) regulan para ciertos artistas, dentro del territorio nacional*" (foja 102).

12. Asimismo, ANATEL señala que, dado que estos derechos pueden recaer sobre distintos géneros de obras o producciones que no son sustitutos entre sí, existen distintos mercados dependiendo del tipo de derecho que se ofrezca. En cada uno de estos mercados, la oferta es realizada a través de las EGC. Dado que, en la práctica, todos los titulares de derechos se agrupan en una única EGC

por cada género de obras o producciones, cada una de estas entidades concentraría el 100% del mercado. De hecho, las EGC serían consideradas como un ejemplo de monopolio natural.

13. La demanda, según ANATEL, estaría constituida por usuarios de distinto tipo, quienes están obligados a pagar la tarifa que cada EGC determina. Al respecto, señala que la LPI también autoriza a los usuarios a actuar colectivamente, agrupados en asociaciones con personalidad jurídica ("Asociaciones de Usuarios") para negociar planes tarifarios alternativos con cada EGC.

14. Agrega que en esta industria existirían importantes barreras a la entrada como los elevados requisitos establecidos por la LPI para formar nuevas EGC y la existencia de incentivos a que los titulares de derechos se concentren en solo una de estas entidades. Estas barreras harían totalmente improbable la entrada de competencia efectiva al mercado.

15. Atendidas las características descritas, la Solicitante concluye que las EGC tendrían un poder monopólico sobre los derechos que administran debido a que los gestionan de manera exclusiva. Su evidente posición dominante, en opinión de la Solicitante, ha sido aceptada porque, en teoría, la gestión colectiva de estos derechos sería una forma eficiente de negociar, cobrar y repartir tarifas, así como de detectar los usos no autorizados de las obras. Además, su existencia beneficiaría a los usuarios pues les permitiría contratar licencias y usar estos derechos con menores costos de transacción.

16. Sin embargo, esta posición dominante permitiría a las EGC imponer tarifas y condiciones "*supra competitivas*" a los usuarios, sin enfrentar competencia y sin que se pueda negociar equitativamente con ellas.

17. Adicionalmente, la Solicitante señala que los problemas que las EGC plantean a la libre competencia ya habrían sido advertido por las autoridades de la materia. En efecto, la H. Comisión Resolutiva, la Comisión Preventiva Central y la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") habrían estado contestes en que el mercado adolecía de serios problemas competitivos y que era necesaria la proposición de modificaciones normativas. Sin embargo, agrega que las medidas que

las autoridades sugirieron hace veinte años no solo fueron insuficientes, sino que empeoraron la situación competitiva del mercado.

18. Así, actualmente, el sistema de fijación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos e intelectuales particulares adolecería de una serie de defectos y vacíos normativos que causarían serios problemas de competencia, los que resume en que:

(i) Las EGC tendrían un poder monopólico que carece de contrapesos, como ya fue expuesto, lo que les permitiría cobrar remuneraciones monopólicas.
(ii) El hecho de que existan tantas EGC como géneros o categorías de derecho provocaría que los usuarios deban pagar una multiplicidad de tarifas, cada una supra competitiva.
(iii) Las EGC fijarían tarifas sin ponderar el valor económico real que sus derechos aportan a la generación de ingresos de los usuarios, imponiéndoles una estructura de costos injustificadamente alta y carente de explicación económica.
(iv) Estos problemas se verían agravados con la regulación parcelada de nuevos derechos especiales de remuneración, pues podría ocurrir que, en el futuro, se creen nuevos derechos y titulares de los mismos, bajo esta misma estructura y sistema.

19. El hecho que los usuarios estén autorizados para negociar con las EGC de manera colectiva no sería contrapeso suficiente para este poder, pues los usuarios no tendrían otra alternativa que contratar los derechos según las tarifas que fijan las EGC, en cuanto son un insumo esencial para sus respectivos giros. Así, el asociarse no les permitiría alcanzar un poder negociador que sirva de real y efectivo contrapeso a las EGC.

20. Por otra parte, tampoco sería contrapeso suficiente el sistema de mediación y arbitraje obligatorio introducido a la LPI por la Ley N° 20.435, por cuanto, según la Solicitante:

(i) La LPI habría sido incapaz de asegurar que efectivamente exista un tribunal que conozca y resuelva la falta de acuerdo entre las EGC y las asociaciones de usuarios. En efecto, desde su entrada en vigencia, el registro público no habría contado con el número mínimo de personas que se necesitan para que opere la mediación y el arbitraje.

(ii) Además, el sistema de *final-offer arbitration* sería inadecuado, por cuanto reduciría el problema a la simple elección entre dos estimaciones, impidiendo a los árbitros analizar la correcta observancia y aplicación de los criterios para la determinación de tarifas establecidos en la LPI.

(iii) Este sistema no permitiría evaluar el escenario completo e íntegro de cobro de tarifas por uso de los derechos intelectuales que deben pagar los usuarios, quienes arriesgarían que en la práctica se les aplique un cúmulo de tarifas supra competitivas.

(iv) La LPI solo permitiría iniciar la mediación y arbitraje obligatorios a las asociaciones de usuarios, no así a los usuarios individuales. Así, si un usuario considera que las tarifas y planes alternativos publicados por una EGC no son aplicables, no tendría cómo impugnar esta situación.

(v) Los criterios para la determinación de tarifas considerados en el artículo 100 ter de la LPI, inciso séptimo, serían insuficientes.

21. Atendido los argumentos expuestos a fojas 83, la Solicitante propone, en síntesis, las siguientes medidas:

(i) Eliminar el actual sistema de designación del tribunal arbitral y, en su lugar, establecer un único órgano jurisdiccional, compuesto por tres miembros con experiencia calificada en el ámbito de la propiedad intelectual o en las ciencias económicas, sin dedicación exclusiva, que duren cinco años en su cargo, renovable por una sola vez, designados por este Tribunal – u otra entidad –, previo concurso público de antecedentes.

(ii) En subsidio de la propuesta anterior, modificar el actual sistema de ingreso al Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual, a fin de que sus integrantes sean designados por este Tribunal – u otra entidad –, mediante un concurso público de antecedentes, el que deberá ser renovado cada cinco años.

(iii) Eliminar el sistema de oferta final (o "*final offer aribtration*") que limita al tribunal arbitral a elegir únicamente entre las propuestas formuladas por cada parte, y en cambio, permitir que se pueda pronunciar ampliamente sobre las tarifas en discusión y sobre los diversos aspectos o criterios que intervienen en su determinación y cálculo. Señala que esta es la medida más importante.

(iv) Establecer que la negociación de las tarifas deba llevarse a cabo en una misma época e instancia, con la periodicidad que establezca la ley, a fin que el tribunal arbitral pueda hacer una evaluación completa de las remuneraciones que se destinarán a sus titulares en razón de las cobradas por el resto de las EGC y, así, pueda considerar la carga total que los usuarios han de soportar por dichos conceptos.

(v) Permitir expresamente a los usuarios individuales iniciar un procedimiento de mediación y arbitraje obligatorio (o, al menos, a los usuarios especialmente significativos), cuando consideren que las tarifas y planes alternativos publicados por una EGC "*no son aplicables a su realidad*" (foja 131).

(vi) Aumentar el plazo de vigencia de la tarifa fijada por el tribunal arbitral, de tres a cinco años, a lo menos, sujeto a revisión en el caso excepcional que los parámetros objetivos que sirvieron para su determinación hayan experimentado alguna variación esencial.

(vii) Complementar los criterios que ya contempla el inciso séptimo del artículo 100 *ter* de la LPI con otros factores objetivos para la determinación de las tarifas, como a) el grado de uso efectivo del derecho en el conjunto de la actividad del usuario; b) la amplitud del repertorio de la EGC, y la intensidad y relevancia de su uso en el conjunto de la actividad del usuario; c) que la base de cálculo de la tarifa se refiera a ingresos directamente relacionados con la explotación comercial del repertorio en el programa en que se usen efectivamente; d) considerar las tarifas establecidas por la misma EGC a otros usuarios y/o por otras EGC del mismo rubro; e) considerar la carga general de tarifas que el usuario paga a las distintas EGC existentes, de manera de que las tarifas que se fijen sean justas, proporcionadas, razonables y no discriminatorias.

(viii) La dictación de los demás preceptos legales y/o reglamentarios que el Tribunal estime necesarios para mejorar las condiciones competitivas

en la determinación de las tarifas por el uso de derechos de autor o conexos y de las remuneraciones contenidas en las leyes especiales aludidas en la Solicitud.

II. Resumen de los antecedentes aportados al proceso

22. Las siguientes entidades aportaron antecedentes al proceso: Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile F.G.N. ("CNC"), a fojas 229; Asociación de Radiodifusores de Chile ("ARCHI"), a fojas 375; Producciones Megavisión Limitada ("Promega"), a fojas 528; Red Televisiva Megavisión ("Mega"), a fojas 569; Entel Telefonía Local S.A. ("Entel"), a fojas 683; Telefónica Empresas Chile S.A. ("Movistar"), a fojas 697; Asociación Gremial de empresarios Hoteleros de Chile ("Hoteleros de Chile"), a fojas 722; DirecTV Chile Televisión Limitada ("DirecTV"), a fojas 751; VTR Comunicaciones SpA ("VTR"), a fojas 888 y 1444; Claro Comunicaciones S.A. ("Claro"), a fojas 937; Cámara de Exhibidores Multisalas de Chile A.G. ("CAEM"), a fojas 1055; y Asociación Chilena de Operadores de Servicios de Televisión por Suscripción A.G. ("Acceso y TV"), a fojas 1224; quiénes, en términos generales, señalaron que las EGC tendrían poder de mercado o posición dominante, por cuanto:

(i) En la práctica, existe solo una EGC por categoría, atendido los requisitos que impone la ley para su constitución y funcionamiento. De esta forma, como los usuarios no pueden contratar con una entidad alternativa que represente los mismos derechos, las EGC actuarían de forma monopólica respecto del tipo de derecho que cada una representa. Si bien este modelo ha sido tolerado por sus eficiencias, éstas serían solo teóricas y no se materializarían en la práctica.

(ii) Las EGC serían monopolios naturales para la administración de derechos de propiedad intelectual, pues sus costos medios de administración serían decrecientes, en función del número de derechos que administran.

(iii) En relación con el punto anterior, señalan que las EGC serían un monopolio natural que, además, no está regulado; y que, en el caso de los monopolios naturales, por lo menos existe una relación de causalidad entre lo que se cobra y el derecho que se utiliza. Sin embargo, en el contexto actual, esta relación se encontraría totalmente distorsionada.

(iv) El excesivo poder de las EGC generaría distorsiones en el mercado, por cuanto no enfrentarían prácticamente ningún tipo de presión competitiva. Así, las EGC no tendrían incentivos para innovar o prestar sus servicios de modo eficiente, tanto a los titulares de derechos intelectuales, como a sus usuarios. En este sentido, la única solución que la LPI otorgaría a los usuarios sería el sistema de arbitraje y mediación en materia de tarifas y el que generen contrapeso en las negociaciones agrupándose en asociaciones, los cuales serían mecanismos evidentemente imperfectos.

(v) Asimismo, las asociaciones de usuarios no serían un contrapeso efectivo porque, en la práctica, los derechos administrados por las EGC serían un insumo esencial para los usuarios. El repertorio que los usuarios necesitan no puede ser sustituido por otro.

(vi) Cada usuario tiene una distinta valoración, disposición de pago o estrategia de uso respecto de los repertorios, lo que dificultaría que puedan negociar conjuntamente. En este sentido, los usuarios no podrían suplir su información imperfecta respecto del valor de los derechos intelectuales que necesitan.

(vii) También señalan que, debido a que las EGC licencian un conjunto amplio de obras e interpretaciones, los usuarios se verían obligados a obtener licencias por repertorios completos, a pesar de que no los utilizarían en su totalidad.

(viii) El que la normativa vigente permita la libre imposición de tarifas por parte de agentes que detentan el 100% de los mercados relevantes en los que participan como oferentes significaría que, en la práctica, las EGC fijen unilateralmente sus tarifas y exijan que los usuarios las acepten, sin siquiera explicar la racionalidad de las mismas.

(ix) De esta forma, los vacíos existentes en la regulación fomentarían el ejercicio continuo de un poder de mercado sustancial o a lo menos supra dominante por parte de las EGC, en lo que se refiere a la fijación de tarifas a usuarios por concepto de licenciamiento de derechos de autor, conexos e intelectuales particulares establecidos en leyes especiales.

23. Estos mismos aportantes, en lo que respecta a la forma de determinar las tarifas por el uso de los derechos de autor, conexos y especiales particulares,

señalaron que las EGC impondrían a sus usuarios tarifas excesivas, desproporcionadas y discriminatorias que no guardarían relación alguna con criterios objetivos para su determinación. Así, en la actualidad, la tarifa consistiría simplemente en un porcentaje sobre los ingresos brutos de los usuarios; imposición que demostraría el poder de mercado de las EGC. Además, señalaron que la multiplicidad de EGC generaría que los usuarios deban realizar variados pagos por un mismo concepto.

24. En cuanto al actual sistema de solución de conflictos, señalaron que su no implementación sería síntoma de su fracaso, pues su inaccesibilidad y mal diseño desincentivaría su uso y dejaría a los usuarios a merced de las EGC y de su práctica de fijación abusiva de tarifas. Además, criticaron que el sistema de "*oferta final*" limite al tribunal arbitral a la simple elección de una de las propuestas presentadas por las partes. Además, este sistema ubicaría el punto de partida de la negociación en la tarifa injusta y desproporcionada fijada inicialmente por la EGC y no permitiría a las asociaciones de usuarios discutir la procedencia del pago, sino que solo la cuantía del mismo. También cuestionaron que solo las asociaciones de usuarios sean quienes tienen la legitimación activa para iniciar este procedimiento, pues dejaría sin protección a los usuarios individuales que se vean afectados por una EGC o que no se sientan conformes con un convenio celebrado por su respectiva asociación.

25. Finalmente, también señalaron que los criterios establecidos en la LPI para determinar el monto de las tarifas operarían solo como una guía para el tribunal arbitral y no como una exigencia legal, atendida su calidad de árbitros arbitradores.

26. Atendido los argumentos expuestos, señalaron como posibles modificaciones a la actual regulación que las tarifas sean definidas por un órgano del Estado; que se amplíen los criterios para la determinación de las mismas; que los precios cobrados por las EGC sean justos y equitativos, fundados en el valor económico que los derechos administrados tienen en el mercado pertinente; la creación de una agencia a cargo de fijar las tarifas y de fiscalizarlas, así como la forma de distribución de los ingresos entre las EGC; que la FNE fiscalice las tarifas al momento de su determinación; flexibilizar el nombramiento de los me-

diadores y árbitros; y limitar el porcentaje de los ingresos totales que un usuario puede destinar como pago al conjunto de EGC por los derechos intelectuales que utilice, entre otras.

27. Asimismo, las siguientes EGC aportaron antecedentes al proceso: Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile ("EGEDA"), a fojas 244; Sociedad de Autores Audiovisuales, Guionistas y Dramaturgos ("ATN"), a fojas 341; Unión Nacional de Artistas A.G. ("UNA"), a fojas 469; Corporación de Directores y Guionistas Audiovisuales E.G.C ("DYGA"), a fojas 589; Corporación de Actores de Chile ("Chileactores"), a fojas 604; Sociedad de Productores Fonográficos y Videográficos de Chile ("PROFOVI"), a fojas 647; y Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales ("SCD"), a fojas 774; quienes, en términos generales, desestimaron las afirmaciones antes expuestas y señalaron, en lo que respecta a la posición dominante o supuesto poder monopólico de las EGC, que:

(i) La literatura económica consideraría que la intermediación que efectúan las EGC genera eficiencias para los participantes del mercado. Por una parte, centralizaría la representación de un mayor número de titulares, lo que permite otorgar licencias que den acceso a la explotación de un mayor número de obras y, por otra, reduciría los costos legales, de comercialización, de búsqueda, negociación y ejecución de los contratos de licencia.

(ii) Entregar la administración de los derechos de autor, conexos o intelectuales particulares a una determinada EGC es una decisión libre y voluntaria adoptada por el titular del respectivo derecho, que no restringiría su potestad de administrarlo de forma individual respecto de utilizaciones singulares.

(iii) Además, la prohibición que tienen las EGC de negar la entrada a nuevos socios, limitaría el ejercicio de poder monopólico por la vía de reducir el nivel de producción.

(iv) Existirían adecuados contrapesos en la legislación, como el hecho de que las EGC deban publicar sus tarifas en el Diario Oficial y solo puedan diferenciarlas según categorías de usuarios. Además, la ley establece el uso efectivo del repertorio que administran como criterio para la determinación de tarifas.

(v) También sería un contrapeso efectivo el hecho que la LPI permita a los usuarios negociar colectivamente con las EGC las tarifas que deben pagar por los derechos que utilizan. En efecto, la SCD, la EGC con mayor historia y número de afiliados de Chile, tendría 21 convenios tarifarios, lo que representa un 88% del total de su recaudación (foja 805).

(vi) Finalmente, señalaron que, si bien la ley permite la gestión colectiva de los derechos intelectuales, no consagra su exclusividad, toda vez que permite la creación de distintas EGC en una misma categoría de obra o derecho.

28. En lo que respecta al sistema de fijación de tarifas, entre los antecedentes aportados por estas entidades, se indicó que sí se observarían criterios objetivos para su determinación, como el uso efectivo y la amplitud del repertorio; y que, de todas formas, la fijación de una tarifa en base a los ingresos del usuario no determinaría *prima facie* una situación de abuso de poder.

29. En cuanto al sistema de mediación y arbitraje, indicaron que la no implementación del sistema es precisamente la muestra de su éxito, toda vez que su objetivo es que las partes resuelvan sus diferencias bilateralmente y de manera extrajudicial. Asimismo, la literatura económica lo avalaría como un sistema que incentiva a las partes a hacer propuestas razonables. Por otra parte, en lo que respecta a la legitimación activa, se señaló que permitir que usuarios individuales acudan directamente al sistema de mediación y arbitraje, debilitaría el poder de negociación de las asociaciones de usuarios frente a las EGC, así como la lógica actual del sistema.

30. Entre los antecedentes aportados por estas entidades, se señaló como propuesta que sería conveniente establecer reglas concretas de buena fe en la negociación y permitir que las EGC pudiesen iniciar los procesos de mediación y arbitraje, pues, en algunos casos (*v.gr.* ANATEL), el poder de negociación reside en los usuarios, quienes dilatan los procesos de negociación y no actúan con la buena fe debida. Asimismo, señalaron que, si se quieren incorporar más criterios para la determinación de tarifas, éstos deben mirar la situación de los titulares de derechos, la situación económica de la EGC y sus asociados, o la relación histórica con el usuario o asociación de usuarios, entre otras (fojas 636 a 638).

31. Finalmente, algunos aportantes criticaron la Solicitud, señalando que lo planteado en ella no envolvería un real problema de competencia, sino que una discusión de carácter meramente distributivo; y que, por lo demás, la Solicitante no ha aportado evidencia alguna de las supuestas ineficiencias que señala, basando su Solicitud solo en conjeturas y especulaciones. Por otra parte, las modificaciones legislativas propuestas por ANATEL implicarían un detrimento de los derechos establecidos en favor de los titulares de las obras protegidas por el derecho de autor.

32. Del mismo modo, indicaron que la Solicitud pretendería que se modifique el sistema de negociación bilateral con el que se determinan actualmente las tarifas, por uno en que éstas sean fijadas por un tercero.

33. A fojas 206, aportó antecedentes el Instituto Nacional de Propiedad Industrial ("INAPI"), organismo autónomo que tiene actualmente "*tuición*" (sic) sobre patentes, marcas, modelos de utilidad, diseños y dibujos industriales, topografías de circuitos integrados, denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

34. Sostiene que sería altamente recomendable que existiera una agencia que agrupara todos los temas de propiedad intelectual; y en ese sentido considera evidente que la institucionalidad del derecho de autor deba incorporarse a INAPI, dado que cuenta con la infraestructura tecnológica y física necesarias, así como con los profesionales y áreas de trabajo acordes a una institucionalidad robusta.

35. Agrega que, a diferencia de lo que ocurre en materia de propiedad industrial, la unidad del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural destinada a la materia no cuenta con la autonomía, presupuesto ni recursos humanos suficientes para hacer frente a todos los desafíos y responsabilidades que exige el sistema de propiedad intelectual en el contexto global y nacional. Asimismo, el Departamento de Derechos Intelectuales ("DDI") tampoco cuenta con capacidad para supervisar el trabajo de las EGC de manera de garantizar el adecuado respeto de los titulares de derechos ni velar por el acceso apropiado al conocimiento, obras y otras expresiones culturales por parte de los ciudadanos.

36. Concluye que la creación de un ente con mayores funciones ayudaría a solucionar los temas pendientes sobre la gestión de estos derechos, dando apoyo a las EGC que lo necesiten, pero también velando por la continuidad de un correcto funcionamiento. En ese sentido, insiste en que la idea de tener un Instituto Nacional de Propiedad Intelectual a cargo de los derechos de propiedad industrial y del derecho de autor permitiría fortalecer un sistema que ha estado históricamente dejado de lado.

37. A fojas 827, aportó antecedentes la FNE, indicando que se generan claras eficiencias si la administración de los derechos de autor, conexos y especiales particulares se realiza a través de las EGC, principalmente debido a la reducción de los costos de transacción asociados a estos derechos.

38. Respecto al eventual poder monopólico y sin contrapesos que tendrían las EGC, la FNE destaca que en la actualidad existen ocho entidades de este tipo, de las cuales dos participarían en un mismo grupo de titulares de derechos (ATN y DYGA); y que presentan distintas realidades entre ellas.

39. Lo anterior, por cuanto entre las EGC existirían diferencias significativas en (i) los tipos de derechos que gestionan; (ii) su fecha de constitución; (iii) los ingresos que perciben; y (iv) la fuerza de cobro que poseen, entre otros. Por lo tanto, *a priori*, no podría advertirse el ejercicio de un poder monopólico sin contrapeso, por parte de todas las EGC. Además, este poder dependería, entre otras cosas, de la valoración que los usuarios le otorgan a las obras o creaciones artísticas, y de la relevancia y/o necesidad que tenga el uso de determinadas licencias para sus respectivos giros.

40. En relación con el sistema de solución de controversias, la FNE sostiene que diversos agentes concuerdan en que no ha sido utilizado, pero difieren respecto a las causas que ocasionan esta situación, lo que se verá en detalle en el párrafo 48 de la sección IV, *infra*.

41. También agrega que, si bien los requisitos exigidos en el artículo 100 bis de la LPI para ser mediador o árbitro en estas materias no pueden ser considerados como barreras relevantes a la entrada, tal vez sea necesario incentivar y difundir

la inscripción en estos cargos, a efectos de robustecer el sistema. Agrega que, desde el 2011, año en que se implementó el sistema, existen 4 mediadores/árbitros inscritos, lo que permitiría inferir que, al menos en términos teóricos, cualquier asociación de usuarios pudo iniciar una mediación obligatoria con las EGC.

42. Con todo, señala que cualquier modificación a este sistema debiese tender a resguardar su eficiencia y eficacia, contemplando la necesidad y conveniencia social de, eventualmente, judicializar y/o alargar este tipo de controversias, por ejemplo, sometiéndolas a un arbitraje convencional.

43. Finalmente, concluye que establecer un procedimiento de reclamo para titulares, usuarios y EGC podría reforzar la transparencia y buenas prácticas de estas últimas. Asimismo, advirtió la ausencia de un organismo fiscalizador para conocer de las infracciones a la ley, reglamentos o estatutos internos que puedan cometer las EGC, usuarios u otros.

44. A fojas 1252 aportó antecedentes el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. En su presentación realiza algunas precisiones en relación con los antecedentes aportados a este expediente por INAPI e indica que no se deben confundir las competencias que corresponden a cada órgano público, atendidas las materias que el legislador ha colocado en la esfera de sus respectivas atribuciones. Así, en propiedad intelectual, el objeto de regulación son los derechos de autor y conexos; mientras que, en propiedad industrial, se protegen los derechos sobre patentes de invención, marcas comerciales, dibujos y diseños industriales, modelos de utilidad, e indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

45. En materia de tarifas, el aportante realiza un análisis de la LPI, identificando una serie de disposiciones referidas a tarificación, resaltando, a su juicio, los aspectos más relevantes de cada norma citada. Asimismo, expone opiniones doctrinales y presenta un cuadro que resume las tarifas de las principales EGC presentes en el país, así como también ejemplos de tarificación a nivel internacional.

46. A fojas 1367 aportó antecedentes el DDI, quien señala en su presentación que tiene a su cargo el Registro de la Propiedad Intelectual en Chile (de derechos

de autor y conexos), la atención de consultas e informes que formulen o soliciten los particulares y los servicios públicos, así como el asesoramiento del Gobierno en todo lo relativo a derechos de autor, derechos conexos y otras materias afines.

47. Señala que la denominación "*sobre propiedad intelectual*" otorgada a la Ley N° 17.336, se encuentra desactualizada, pues esta ley versa solo sobre aspectos relativos a derechos de autor y conexos, lo que genera confusión entre los usuarios pues dicha denominación se aleja de la clara distinción que existe a nivel internacional entre dos ramas de un mismo sistema que, en su conjunto, se conoce como "*propiedad intelectual*". En efecto, este sistema se encuentra compuesto, por una parte, por la rama de los derechos de propiedad industrial y, por otra, por la rama de los derechos de autor y los derechos conexos. En atención a ello, señala que sería un gran avance considerar un cambio de nombre para esta normativa, a fin de que, en definitiva, se llame "*Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos*".

48. También hace referencia al derecho común y a la legislación especial aplicable a los derechos de autor y conexos, describe el objeto protegido por la ley, menciona las facultades específicas de los titulares de estos derechos y expone la llamada regla de balance. Asimismo, se refiere a las EGC, su forma de constitución, la forma en que fijan sus tarifas y al sistema de resolución de controversias aplicable en esta materia. Respecto a los procedimientos de mediación y arbitraje contemplados en la LPI, indica que no tiene conocimiento sobre cuáles han sido las razones que han llevado a los legitimados activos a prescindir de su utilización.

49. Concluye que, atendida la normativa vigente, el DDI no tiene dentro de su competencia la labor de supervigilar o fiscalizar el actuar de las EGC. En consecuencia, señala que corresponderá a la máxima autoridad ministerial definir y proponer si, para apoyar de mejor manera la ejecución de las políticas públicas sectoriales, es necesario traspasar funciones desde el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio al DDI o crear una alternativa institucional diferente.

50. En el proceso, además, se presentaron los siguientes informes:

(i) Informe económico titulado "*Análisis económico del mercado de tarifas por uso de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares*", elaborado por Juan Pablo Montero, Carlos Poblete, Isabel Encina y Nicolás Rey, acompañado por ANATEL a fojas 1504;

(ii) Informe económico titulado "*Evaluación competitiva de la gestión colectiva de los derechos de autor*", elaborado por Aldo González, acompañado por SCD a fojas 1539; y

(iii) Informe en derecho titulado *"Opinión legal sobre cuestiones relativas a la solicitud de la Asociación Nacional de Televisión A.G. (ANATEL) ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"*, elaborado por Santiago Schuster, acompañado por SCD a fojas 1737.

III. Audiencia Pública

Según consta a fojas 2021, el 20 de marzo de 2019 se realizó la audiencia pública decretada a fojas 1436, la que continuó el 21 de marzo del mismo año. En la referida audiencia, los apoderados de la solicitante ANATEL y de los siguientes aportantes de antecedentes manifestaron su opinión: CNC, ARCHI, Promega, Mega, Entel, Movistar, Hoteleros de Chile, DirecTV, VTR, Claro, CAEM, Acceso y TV, ATN, UNA, DYGA, Chileactores, PROFOVI, SCD, FNE y EGEDA.

PARTE CONSIDERATIVA

IV. Análisis del ejercicio de la facultad de recomendación normativa

De conformidad con los antecedentes aportados a este expediente de recomendación normativa, así como aquellos entregados en la audiencia pública correspondiente, los Ministros que suscriben esta resolución estiman que en este caso no resulta procedente ejercer la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 por cuanto no se cumple la hipótesis normativa prevista en dicha disposición legal y, en particular, en consideración a las razones que se señalan en lo sucesivo.

A. Objeto del procedimiento de autos

1. El numeral 4) del artículo 18 del D.L. Nº 211 otorga a este Tribunal la facultad no jurisdiccional de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios que sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas ("facultad propositiva").

2. Como se ha señalado en diversas oportunidades (*v.gr.* Resolución N° 178/2018 que puso término al ERN N° 24-2018 y Proposición N° 15/2014), el ejercicio de dicha facultad es una decisión privativa y discrecional de este Tribunal, la que se tramita bajo el procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L. N° 211. Asimismo, en su ejercicio, se deberá "*tomar en consideración los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa* [...] *tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador*" (H. TDLC, Proposición 17/2015, párrafo 119).

3. En el ejercicio de la facultad propositiva que el D.L. N° 211 confiere a este Tribunal, se deben distinguir dos supuestos para que ella pueda ser ejercida. En el primero, cuando se trata de proponer la modificación o derogación de un texto legal o reglamentario, éste debe ser contrario a la libre competencia. En el segundo, en cambio, el supuesto para solicitar la dictación de una norma legal o reglamentaria radica en la necesidad de fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Sin embargo y como se verá, del examen de los antecedentes aportados en autos se concluye que la solicitud no descansa en ninguno de los supuestos que contempla la ley para que pueda formularse una proposición normativa, razón por la cual esta facultad no será ejercida.

4. Tal como se señaló en la resolución de inicio (foja 145), este expediente tiene por objeto evaluar la pertinencia y oportunidad de ejercer la facultad propo-

sitiva respecto de los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración. En particular, se debe determinar (i) si los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual ("LPI") efectivamente son contrarios a la libre competencia; y (ii) si es necesaria la dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de la actividad económica en que incide este expediente, en caso que se estuviera prestando en condiciones no competitivas.

B. Breve descripción de la gestión de los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración

5. En forma previa al análisis sobre la procedencia del ejercicio de la facultad propositiva y a efectos de una mejor comprensión de la Solicitud, en esta sección se describe someramente la forma cómo son administrados en Chile los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración.

6. El 17 de septiembre de 1992 se publicó la Ley N° 19.166, que introdujo una serie de modificaciones a la LPI en lo que respecta a la administración de los derechos patrimoniales de los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes chilenos. Según dispone su Mensaje, "*esta administración, desde el año 1948, ha sido realizada por la Universidad de Chile, a través del Departamento del Pequeño Derecho de Autor* [...] *lo que en la práctica ha implicado distanciarse de la posición sostenida por la doctrina y la mayoría de las legislaciones internacionales, en cuanto a que la administración de los derechos de los autores o sus derecho habientes, debe realizarse por medio de organizaciones autorales, de carácter privado y autónomo*" (Historia de la Ley N° 19.166, Boletín 199-04, Mensaje Presidencial, página 3).

7. En razón de lo anterior, se generó una solución de carácter transitorio, en virtud de la cual, "*la Universidad de Chile, los autores y artistas constituyeron una corporación privada, denominada Sociedad Chilena del Derecho de Autor, dirigida por los mismos creadores e intérpretes nacionales, que se formó con el objeto de asistir al Departamento del Pequeño Derecho de Autor en las labores de cobro*" (*Ibíd*., página 3).

8. Atendida esta realidad, la Ley N° 19.166 finalmente sustituyó el sistema de administración vigente hasta ese entonces por uno nuevo que contemplaba explícitamente la posibilidad de gestionar de manera colectiva los referidos derechos. Así, el objetivo central de esta reforma fue regular la creación de corporaciones de derecho privado, denominadas entidades de gestión colectiva ("EGC"), "*a las cuales los titulares de derechos de autor, podrán confiar la administración y protección de sus derechos patrimoniales; sin perjuicio de que dichos titulares puedan optar por la administración de sus obras en forma individual respecto de utilizaciones singulares de ellas*" (*Ibíd.*, página 3).

9. Como fue señalado por la Solicitante, existe abundante literatura económica que ha aceptado esta modalidad de gestión de derechos, por cuanto, sería una "*manera eficiente de negociar tarifas o remuneraciones, cobrarlas, repartirlas y detectar usos no autorizados, cuestión que los titulares individuales no podrían hacer por sí solos*" (fojas 96 y 97). Asimismo, el Departamento de Derechos Intelectuales, entidad estatal actualmente encargada de gestionar los registros relacionados con los derechos de autor y conexos, señaló en autos que la incorporación de las EGC, "*se debió a su capacidad de acción ante la amplitud que estaba alcanzando la utilización de derechos en múltiples lugares y en amplios territorios, tanto a nivel nacional como internacional*" (foja 1367 bis 24).

10. Así, conforme con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.166 a la LPI, actualmente estos derechos pueden ser administrados de manera individual o colectiva. En efecto, los artículos 91 y 21 de la LPI disponen que la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos sólo podrá realizarse por las EGC y que en ningún caso las autorizaciones otorgadas por dichas entidades podrán limitar la facultad de los titulares de derechos de administrar sus obras en forma individual respecto de "*utilizaciones singulares*".

11. En lo que respecta a la creación y funcionamiento de estas entidades, la LPI señala que deben constituirse como corporaciones chilenas de derecho privado, en conformidad con lo previsto en el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, y su objeto social sólo podrá consistir en la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos de autor y conexos (artículo 92). Para dar inicio a estas actividades, las EGC requieren de una autorización previa del Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

12. A este respecto cabe señalar que, si bien la LPI en esta materia sólo hace referencia a los llamados derechos de autor y conexos, la Ley N° 20.243 reconoce a los actores un derecho especial de remuneración por sus ejecuciones artísticas, atendida su calidad de intérpretes audiovisuales; y dispone que el cobro de esta remuneración también podrá efectuarse a través de la EGC que los represente (artículo 4°, Ley N° 20.243). Por su parte, la Ley N° 20.959 extiende este derecho especial de remuneración a los directores y guionistas de obras audiovisuales.

13. En relación con la administración de estos derechos, la LPI dispone que las EGC están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con sus objetivos o fines (artículo 97), y a contratar, con quien les solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de estos derechos, de acuerdo a las tarifas generales que establezcan (artículo 100, inciso primero).

14. Adicionalmente, la Ley N° 19.166 establece que los usuarios de estos derechos, representados por asociaciones con personalidad jurídica (llamadas comúnmente "*asociaciones de usuarios*"), pueden negociar planes tarifarios alternativos directamente con las EGC.

C. Análisis de la posible existencia de preceptos legales o reglamentarios contrarios a la libre competencia

15. En términos generales, los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la LPI regulan el procedimiento de fijación y negociación de tarifas por el uso de los derechos de propiedad intelectual administrados por las EGC, por una parte, y, por otra, establecen un mecanismo para resolver los conflictos que pudieran surgir respecto al monto que las asociaciones de usuarios deben pagar por el uso de los referidos derechos.

16. Sin embargo, para determinar si la regulación del procedimiento de fijación y negociación de tarifas es contraria o no a la libre competencia, ella debe ser examinada conjuntamente con el mecanismo de solución de conflictos, pues, como se verá, su estructura y diseño impactan directamente en las decisiones y estrategias que deben tomar las EGC y las asociaciones de usuarios en la fija-

ción o negociación de las tarifas. Atendido lo anterior, en las secciones *(i)* y *(ii)* siguientes se analizará el funcionamiento, estructura y regulación de los procesos de fijación de tarifas y solución de controversias.

i. *Fijación y negociación de tarifas por el uso de derechos de propiedad intelectual administrados por EGC.*

17. En lo que respecta a la fijación y negociación de tarifas, el artículo 100 de la LPI señala que las EGC, a través del órgano de administración previsto en sus estatutos, están facultadas para fijar las tarifas generales por el uso de los derechos que administran, las cuales pueden ser diferenciadas según categorías de usuarios. Estas tarifas rigen a contar de su publicación en el Diario Oficial.

18. Como fue señalado por el Departamento de Derechos Intelectuales, "*la determinación de las tarifas aplicables por las entidades de gestión colectiva, constituyen un elemento esencial para su funcionamiento. Dichas tarifas, generales o especiales, son definidas por cada una de ellas, no se encuentran sujetas a ninguna norma imperativa dentro de la legislación especial que predetermine su monto ni son objeto de aprobación administrativa* [...]" (foja 1367 bis 30). Lo anterior, con la salvedad de aquellas tarifas correspondientes a usuarios con obligación de "*confeccionar planillas*" (*v.gr.* empresas de entretenimiento que basen su actividad en la utilización de obras musicales y organismos de radiodifusión, según el artículo 100, inciso séptimo, de la LPI), las que deben determinarse en relación con la utilización de las respectivas obras, interpretaciones o fonogramas (inciso quinto del mismo artículo).

19. Como se anticipó en el párrafo 14, este procedimiento, en principio unilateral, también contempla la posibilidad que los usuarios, agrupados en asociaciones, negocien directamente con las EGC planes tarifarios alternativos, a los cuales puede adscribirse cualquier usuario que se ubique dentro de la misma categoría.

20. Así, el procedimiento de determinación de tarifas descansa, en primer término, en la fijación tarifaria efectuada por las EGC, que puede ser aceptada lisa y llanamente por los usuarios; y, luego, en la posibilidad de negociar bilateral-

mente con las asociaciones de usuarios interesadas en alcanzar un acuerdo tarifario alternativo a la tarifa inicialmente fijada.

21. Como se puede apreciar, el proceso de fijación de tarifas no es contrario a la libre competencia porque si bien contempla una etapa inicial donde las EGC pueden determinar unilateralmente, posteriormente la regulación prevé un espacio de negociación en el que tales entidades no se ven particularmente favorecidas. Ello se evidencia, de acuerdo con los antecedentes aportados al proceso y según se expone en detalle en el párrafo 47 *infra*, en el hecho que algunos usuarios estarían siendo beneficiados por la celebración de planes tarifarios alternativos más convenientes que las tarifas generales fijadas por las EGC (*v.gr.* SCD foja 777 y EGEDA, foja 259).

ii. *Sistema de solución de conflictos tarifarios surgidos entre EGC y asociaciones de usuarios*.

22. Los artículos 100 bis y 100 ter de la LPI establecen un sistema de solución de los conflictos que puedan surgir con ocasión del monto de las tarifas que deben pagar las asociaciones de usuarios por el uso de derechos de propiedad intelectual administrados por las EGC. Estas normas regulan principalmente (i) la estructura del procedimiento de solución de conflictos; (ii) quién puede iniciarlo; (iii) su duración; (iv) la composición del tribunal que dirimirá la controversia; y (v) los criterios que deben observarse para su adecuada resolución.

23. En lo que respecta a su estructura, el sistema contempla una primera etapa de mediación y una segunda de arbitraje. La primera etapa solo puede ser iniciada por las asociaciones de usuarios, atendido que el inciso primero del artículo 100 bis de la LPI les otorga una legitimación activa exclusiva, al disponer que "*las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor o conexos, que no hubiesen alcanzado un acuerdo con una entidad de gestión colectiva sobre el monto de la tarifa, deberán someter la controversia a mediación, la que será obligatoria para ambas partes*". Luego, si esta mediación fracasa total o parcialmente, la asociación de usuarios o la EGC respectiva pueden requerir que el o los asuntos controvertidos sean sometidos a un arbitraje.

24. Considerando lo anterior, este sistema de solución de conflictos puede ser comprendido como una herramienta al servicio de las asociaciones de usuarios en sus negociaciones con las EGC. Su diseño intenta, por un lado, disuadir la fijación de tarifas desproporcionadas o abusivas por parte de las EGC y, por otro, incentivar la concreción de acuerdos tarifarios.

25. De hecho, la creación del sistema buscó expresamente desincentivar la materialización de prácticas contrarias a la libre competencia. Como se indica en la Historia de la Ley N° 20.435, su creación tuvo por objeto contrarrestar cualquier eventual poder de mercado que pudieran tener las EGC (Historia de la Ley N° 20.435, Informe de Comisiones Unidas, página 99).

26. Aclarado que el objeto de este sistema de solución de controversias fue impedir la comisión de prácticas anticompetitivas, a continuación, se analizará si las disposiciones que consagran las diversas partes del sistema son contrarias a la libre competencia.

27. En primer término, los plazos establecidos en la LPI permiten sostener que se trata de un sistema de solución de conflictos expedito, toda vez que el procedimiento de mediación puede extenderse por un máximo de 60 días (artículo 100 bis, inciso quinto) y el tribunal arbitral debe dictar su fallo también dentro de 60 días, contados desde su constitución (artículo 100 ter, inciso décimo primero). Las asociaciones de usuarios tienen la posibilidad de utilizar, mientras dure el arbitraje, el repertorio o registro cuya tarifa fue controvertida, pagando las tarifas vigentes con anterioridad al arbitraje o, si no las hubiese, aquellas fijadas por la EGC conforme a la ley, con las correspondientes reliquidaciones que procedan al momento de la dictación del fallo arbitral. Por tanto, en materia de plazos, no existen normas que atenten contra la libre competencia o potencialmente puedan ir en contra de ella.

28. Luego, la composición del organismo que dirime la controversia tampoco es, en sí misma, contraria a la libre competencia. En efecto, la LPI dispone que la mediación es llevada a cabo por un mediador nombrado de común acuerdo por las partes, o en caso de no haber acuerdo, por el juez de letras en lo civil del domicilio de la EGC respectiva. Por su parte, el tribunal arbitral que dirime, en caso

de que fracase la mediación, está integrado por tres árbitros arbitradores, dos de los cuales son designados por cada una de las partes y el tercero de común acuerdo por éstas. A falta de acuerdo o en ausencia del nombramiento de una de las partes, el árbitro es nombrado por la justicia ordinaria.

29. El mediador y los árbitros deben estar previamente inscritos en el Registro de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual (artículo 100 bis inciso tercero y artículo 100 ter inciso tercero). Al respecto, si bien la Solicitante y los agentes económicos consultados por la FNE (fojas 120 y 879) concuerdan en que existe un bajo número de personas inscritas en el registro, el análisis de los requisitos exigidos por la LPI para ser incorporados a él muestra que éstos son razonables y de fácil cumplimiento. En efecto, el inciso primero del artículo 100 bis de la LPI solo exige a los interesados "*contar con un título profesional, con al menos cinco años de ejercicio profesional y con experiencia calificada en el ámbito de la propiedad intelectual o en el área de la actividad económica*" (sic)". Por tanto, estos requisitos no constituyen una barrera a la entrada o un impedimento real para llegar a ser mediador o árbitro, aspecto con el que concuerda la FNE cuando señala que ellos "*no pueden ser considerados como barreras relevantes*" (foja 880).

30. Por último, como se señaló, la LPI regula tanto la forma en que los árbitros deben fallar una controversia, como los criterios que deben observar para resolverlas. Como se verá, ninguno de estos aspectos vulnera en sí mismo la libre competencia.

31. Por una parte, respecto a la forma de fallar, la LPI establece que los árbitros deben limitarse a optar exclusivamente por una de las propuestas tarifarias entregadas por cada parte (artículo 100 ter, inciso noveno). Estas propuestas deben ser entregadas en un sobre cerrado, junto con las pruebas y antecedentes que las sustentan, así como las utilizaciones respecto de las cuales se aplican. Esta forma de resolución de conflictos es conocida como "*sistema de arbitraje de última oferta*" o "*final offer arbitration*".

32. Esta modalidad incentiva a las partes de un conflicto (en este caso, las asociaciones de usuarios y EGC) a formular propuestas mesuradas al árbitro para

evitar el riesgo de su completo rechazo y la elección de la propuesta formulada por la contraparte. Siendo así, y al igual que respecto de los elementos anteriores del sistema (plazo y composición), las normas en este caso no pueden ser consideradas contrarias a la libre competencia.

33. A mayor abundamiento, la literatura económica reconoce los beneficios de un sistema de oferta final. Así, se ha señalado que "*la evidencia de que bajo el mecanismo de arbitraje de última oferta las tasas de celebración de acuerdos son mucho mayores que las que existirían bajo un mecanismo de arbitraje convencional es consistente tanto en estudios de campo como en experimentos de laboratorio*" (Max H. Bazerman y Henry S. Farber. *Divergent expectations as a cause of disagreement in bargaining: evidence from a comparison of arbitration schemes. The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 104, N° 1, febrero, 1989, página 100. Traducción libre). Ello, debido a que en el arbitraje de última oferta "*es posible asumir que el árbitro elige la oferta final más cercana al acuerdo que él cree que es justo. Así, la incerteza de las partes respecto de qué es lo que el árbitro cree que es lo justo las incentiva a negociar acuerdos*" (Henry S. Farber. *An analysis of final offer arbitration*. The Journal of Conflict Resolution. Vol. 24, N° 4, diciembre, 1980, página 684. Traducción libre).

34. De igual modo, los informes económicos aportados al proceso concuerdan con las ventajas que supone el sistema de arbitraje de última oferta. Por ejemplo, el informe económico presentado por la SCD señala que "[este sistema] *obliga naturalmente a las partes a acercar posiciones, a diferencia de otros mecanismos arbitrales, donde se debe buscar una solución intermedia entre las posiciones en disputa. Bajo el mecanismo de última oferta una posición desmedida tiene un costo para quien la propone, pues existe una alta probabilidad que sea desechada por el árbitro, aceptándose la oferta de la contraparte*" (foja 1518). Por su parte, si bien el informe económico aportado por ANATEL tiene reparos respecto de la aplicabilidad de este sistema en relación con la estructura tarifaría sobre la cual operaría, reconoce que "*en caso de disputas por la determinación de tarifas de derechos de propiedad intelectual, consideramos que para esta industria un esquema de final offer arbitration sería beneficioso, toda vez que la revelación de las partes y su convergencia entregan importante información al proceso*" (foja 1496).

35. En un sentido similar se pronunció la FNE, en su resolución de 30 de agosto de 2017, que aprobó la operación de concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc., al señalar que "*el hecho de que el árbitro deba escoger una de ambas propuestas, según cuál sea la que mejor se ajuste a precios, términos y/o condiciones justas de mercado, hará que necesariamente poderes de negociación disímiles, se vean contrarrestados*" (FNE, informe de aprobación, Rol FNE, F-81-17, párrafo 90).

36. Asimismo, atendidas sus ventajas, el sistema de oferta final ha sido adoptado en la legislación nacional para solucionar los conflictos a que se refiere el artículo 19 bis de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, y los referidos en el artículo 211 del D.F.L N° 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L N° 1, de Minería, de 1982, de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica, "*Ley General de Servicios Eléctricos*". En el expediente no consta que algunas de las normas relativas a este sistema de arbitraje en estos sectores haya, hasta ahora, sido cuestionada desde la perspectiva de la libre competencia.

37. Por otra parte, en lo que respecta a los criterios que deben guiar la resolución del arbitraje, la LPI obliga a los árbitros a considerar ciertos criterios objetivos cuando resuelven la controversia relativa al monto de las tarifas asociadas a la utilización del repertorio de las EGC. La LPI enuncia a modo ejemplar algunos, como la categoría del usuario; el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio o registro de la entidad; la importancia del repertorio en la actividad de los usuarios de esa categoría; y las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas en un proceso anterior (artículo 100 ter, inciso séptimo). Como el listado de criterios propuestos no es taxativo, las partes también pueden fundamentar sus propuestas tarifarias en otros que sean razonables y generalmente aceptados en la industria, como por ejemplo "*el uso efectivo*" en aquellos casos que sea pertinente. Esto demuestra que se trata de un sistema flexible y adaptable a eventuales cambios de prácticas comerciales, así como a la situación particular del derecho que se está tarificando y su respectiva utilización por parte de los usuarios.

38. Ahora bien, si bien es cierto que el mencionado artículo 100 ter, inciso séptimo, no obliga explícitamente a las EGC a incluir dichos criterios en la fijación inicial de sus tarifas, resulta razonable asumir que estos se tienen en cuenta tanto en la fijación de la tarifa inicial realizada por dichas entidades, como en las ofertas y contra ofertas que se intercambian con las respectivas asociaciones de usuarios en el marco de las negociaciones de tarifas. Lo anterior por cuanto las asociaciones de usuarios siempre podrán gatillar un procedimiento de solución de conflictos que, de no terminar por mutuo acuerdo, finalizará con una sentencia arbitral que sí considerará dichos criterios, atendido el mandato legal que pesa sobre los árbitros.

39. De todo lo expuesto se concluye que los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la LPI no son contrarios a la libre competencia.

D. Análisis de la necesidad de dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios

40. Como fue señalado, la facultad propositiva de este Tribunal no se limita a proponer la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios cuando ellos son contrarios a la libre competencia, sino también comprende la posibilidad de proponer la dictación de aquellos que se estimen necesarios para fomentarla o regular el ejercicio de una actividad que se preste en condiciones no competitivas.

41. A este respecto, cabe señalar que el proyecto de ley que finalizó con la dictación de la Ley N° 20.435 se hizo cargo de materias y consideraciones relacionadas con la libre competencia y tuvo como objetivo, entre otros, alcanzar "*el equilibrio entre el derecho a cobrar por la utilización de obras y el control del abuso que pudiesen llegar a ejercer entidades de gestión con posición dominante en el mercado*" (Historia de la ley N° 20.435, Mensaje Presidencial, boletín 5012-03, página 13).

42. Parte de las propuestas contenidas en dicho proyecto se inspiraron en la Resolución N° 513/1998, dictada por la Honorable Comisión Resolutiva, según fue reconocido explícitamente en la Historia de la Ley N° 20.435 (*Ibíd.*, p. 13). En

la referida resolución, se acordó requerir del Ejecutivo el patrocinio a una serie de modificaciones reglamentarias y legales tendientes a (i) establecer expresamente el derecho de las radioemisoras a decidir la música que desean usar, y por lo tanto, pagar, contemplando los principios de pago por uso efectivo de las obras y de libertad de elección de las radioemisoras; (ii) disminuir el porcentaje de a lo menos un 20% exigido por la ley para autorizar la creación y funcionamiento de nuevas EGC relacionadas con la creación musical; y (iii) que las tarifas fueran fijadas de mutuo acuerdo por las partes interesadas o, en su defecto, por un tribunal arbitral.

43. Muchas de estas propuestas fueron recogidas en la Ley N° 20.435, la que finalmente consideró (i) incorporar el criterio de uso efectivo en relación con los usuarios obligados a confeccionar planillas; (ii) eliminar la posibilidad de que las EGC establezcan tarifas especiales y, con ello, la posibilidad de que se originen potenciales discriminaciones injustificadas; (iii) incorporar la posibilidad de fijar tarifas generales susceptibles de diferenciación por categoría de usuario; y (iv) establecer que las tarifas deben originarse producto de un acuerdo entre las partes interesadas o en su defecto mediante arbitraje. Estas modificaciones se incorporaron en el artículo 100 y dieron lugar a los nuevos artículos 100 bis y 100 ter de la LPI, ya explicados en el acápite letra C anterior.

44. Así, se puede apreciar que los problemas de libre competencia advertidos en el anterior diseño institucional del procedimiento de fijación y negociación de tarifas fueron tomados en consideración durante la tramitación previa a la dictación de la Ley N° 20.435.

45. No obstante, los antecedentes aportados al proceso permiten constatar que el sistema de mediación obligatoria y arbitraje no ha sido utilizado hasta la fecha por las asociaciones de usuarios, hecho respecto del cual existe consenso entre los diversos agentes, pero no de las razones que lo ocasionan (FNE, foja 879).

46. Por una parte, se ha indicado que la razón sería que el sistema estaría cumpliendo con su propósito, toda vez que el hecho de que las asociaciones de usuarios no sometan las tarifas a arbitraje sería indicativo de que las partes logran

acuerdos antes de someter el asunto al mecanismo de solución de controversias y que, en caso de desacuerdos, sus posiciones serían moderadas atendido los incentivos propios del mismo mecanismo (*v.gr.* SCD, foja 776; DYGA, foja 594; y ATN, foja 351).

47. Adicionalmente, tal como se indicó en el párrafo 21 de la sección IV, algunos usuarios estarían siendo beneficiados por la celebración de planes tarifarios alternativos más convenientes que las tarifas generales fijadas por las EGC. En efecto, la FNE señala que en el caso de ARCHI existiría un convenio que replica las tarifas generales con hasta un 20% de descuento, y que, en el caso de SCD, en algunas categorías de usuarios, ninguna de las empresas pagaría la tarifa máxima establecida (FNE, foja 861). Finalmente, también se ha sostenido que las asociaciones de usuarios no utilizarían el sistema simplemente porque no tienen interés de pagar por las licencias de los derechos utilizan (*v.gr.* EGEDA, foja 262).

48. Por otra parte, en contraposición a los argumentos anteriores, ha sido indicado por otros intervinientes que la no utilización del sistema se debería a sus falencias, entre las que se encontrarían las siguientes: (i) el registro de mediadores y árbitros de propiedad intelectual no cuenta con el número mínimo de inscritos requerido para operar (*v.gr.* ANATEL, foja 120 y Entel, foja 689); (ii) la falta de legitimación activa de los usuarios individuales para iniciar el procedimiento de mediación (*v.gr.* ANATEL, foja 123; Entel foja 689; y VTR, foja 909); (iii) que no se entregan al tribunal arbitral facultades para ejercer lo que llaman "*verdadera jurisdicción*", al reducir su decisión a la simple elección de una de las propuestas de las partes (*v.gr.* ARCHI, foja 382; Promega, foja 534 y Entel, foja 689); y (iv) que se trataría de un sistema impracticable, atendida la regulación sobre honorarios que le es aplicable (*v.gr.* VTR Comunicaciones, foja 909).

49. Sin perjuicio de que no se cuentan con antecedentes suficientes que permitan a este Tribunal emitir un juicio sobre el funcionamiento en la práctica de este sistema, las supuestas falencias del mismo que algunos aportantes han señalado, de existir, no tienen su origen en un diseño institucional contrario a la libre competencia, como fue analizado en el acápite letra C precedente, por lo que no se justifica ejercer la facultad propositiva.

50. Finalmente, en relación con el resto de las propuestas indicadas por la Solicitante y los distintos aportantes de antecedentes relativas a la dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios en la industria analizada en este expediente de recomendación normativa (*v.gr.* negociar todas las tarifas en una misma época e instancia, aumentar el plazo de vigencia de las tarifas determinadas por el tribunal arbitral, agregar otros factores objetivos para la determinación de tarifas, contemplar un periodo de oposición luego de la publicación de las tarifas o establecer un límite al porcentaje de ingresos totales de los usuarios que podrá ser destinado al pago de derechos intelectuales, entre otras), no han sido presentados en autos antecedentes suficientes que permitan evaluar cómo dichas medidas podrían tener un impacto concreto en la libre competencia, por lo que este Tribunal no ha logrado formarse convicción acerca de la necesidad de ejercer la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

PARTE RESOLUTIVA

SE RESUELVE: No ejercer la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.
Rol ERN N° 25-18.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat. y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. No firma la Ministra Sra. María de la Luz Domper Rodríguez por encontrarse ausente, sin perjuicio de haber participado en la audiencia pública de este expediente de recomendación normativa y haber concurrido con la decisión adoptada. Autorizada por la Secretaria Abogada (S), Angélica Burmester Pinto.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

20 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

PROPOSICIÓN Nº 20/2020

(Causa Rol ERN N° 26-18)

"Proposición de Modificación Normativa N° 20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N° 75 del MOP"

Fecha dictación: 12 de marzo de 2020.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias.

Solicitante: Icafal Ingeniería y Construcción S.A.; Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA; Constructora IS Ltda.; Inversiones Morval Ltda.; Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A.; Bitumix Austral S.A.; y Constructora Luis Navarro SpA.

Entidades que aportaron antecedentes: Constructora Consul S.A.; Constructora Alvial S.A.; Pavimark SpA; Constructora Conpax SpA; Ingeniería Integral Fray Jorge S.A.; Constructora Itinex Ltda.; ICIL-ICAFAL S.A.; Pilotes Terratest S.A.; Cámara Chilena de la Construcción A.G.; Fiscalía Nacional Económica; Dirección General de Obras Públicas.

Objeto del proceso: Modificar los artículos 11, 41 y 101 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, contenido en el Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Obras Públicas ("RCOP"), por considerar que crean barreras a la entrada que disminuyen la intensidad competitiva en las licitaciones para la adjudicación de contratos de obras públicas. Otros aportantes de antecedentes solicitaron recomendar que se incorpore al RCOP un mecanismo de resolución temprana de controversias entre el mandante y el adjudicatario de la obra.

Mercado afectado: No se analizó un mercado específico, sin perjuicio de que el RCOP regula únicamente los contratos de obras públicas del MOP.

Resolución del Tribunal: Se resolvió proponer a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministro de Obras Públicas, la dictación o la modificación de los preceptos legales o reglamentarios relativos a las licitaciones de contratos de obras públicas, en los términos que se señalan a continuación:

a) Reemplazar la restricción para la inscripción en el Registro de Contratistas establecida en el artículo 41 del Reglamento de Contratos de Obras Públicas por una prohibición de participación en una misma licitación, a nivel reglamentario.

b) Establecer, a nivel reglamentario, la obligación de informar anualmente cualquier cambio en las relaciones de propiedad y administración entre las empresas inscritas en el Registro de Contratistas, en los términos que señalan los artículos 41 y 8° letras c) y f) del Reglamento de Contratos de Obras Públicas, y la obligación de agregar a la presentación de la oferta en licitaciones de obras públicas una declaración jurada relativa al cumplimiento de esta normativa.

c) Revisar la reglamentación sobre la subcontratación del artículo 101 del Reglamento de Contratos de Obras Públicas en el siguiente sentido:

i. Definir qué se entiende por subcontratación para efecto de las licitaciones para contratos de obras públicas;
ii. Eliminar la obligación de que los subcontratistas se encuentren inscritos en el Registro de Contratistas del MOP;
iii. Establecer una prohibición de subcontratación de empresas inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria; y
iv. Evaluar la pertinencia de elevar el porcentaje máximo de subcontratación de un contrato de obra pública.

d) Incorporar al Reglamento de Contratos de Obras Públicas un mecanismo de resolución temprana de controversias entre el mandante y

el adjudicatario de la obra, que considere los resultados del programa piloto que actualmente está desarrollando el MOP.

Recursos: No hay recursos pendientes.

Temas que trata: Barreras a la entrada reglamentarias, consorcios horizontales y verticales.

PROPOSICIÓN N° 20/2020

Santiago, doce de marzo de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: ERN N° 26-18.
SOLICITANTE: Icafal Ingeniería y Construcción S.A., Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA, Constructora IS Ltda., Inversiones Morval Ltda., Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A., Bitumix Austral S.A., Constructora Luis Navarro SpA.
OBJETO: Que este Tribunal, ejerciendo la facultad consagrada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, proponga al Presidente de la República la modificación de los artículos 41, 101 y 11 del Reglamento de Contratos de Obra Pública contenido en el Decreto N° 75 del año 2004 del Ministerio de Obras Públicas, en el sentido que indican.

PARTE EXPOSITIVA

A. Solicitantes y otros intervinientes

1. Solicitantes:
- a) Icafal Ingeniería y Construcción S.A.;
- b) Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA;
- c) Constructora IS Ltda.;
- d) Inversiones Morval Ltda.;
- e) Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A. ;
- f) Bitumix Austral S.A.;
- g) Constructora Luis Navarro SpA.

2. Entidades que aportaron antecedentes:
- a) Constructora Consul S.A.;
- b) Constructora Alvial S.A;.
- c) Pavimark SpA;
- d) Constructora Conpax SpA;
- e) Ingeniería Integral Fray Jorge S.A.;

f) Constructora Itinex Ltda;.
g) ICIL-ICAFAL S.A.;
h) Pilotes Terratest S.A.;
i) Cámara Chilena de la Construcción A.G.;
j) Fiscalía Nacional Económica;
k) Dirección General de Obras Públicas.

3. Se hizo parte sin aportar antecedentes:
a) Besalco S.A.

B. Solicitud de recomendación normativa formulada por Icafal Ingeniería y Construcción S.A. y otros.

1. A fojas 86, Icafal Ingeniería y Construcción S.A.; Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA; Constructora IS Ltda.; Inversiones Morval Ltda.; Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A.; Bitumix Austral S.A.; y Constructora Luis Navarro SpA (en adelante, conjuntamente, las "Solicitantes"), formularon una solicitud de recomendación de modificación normativa respecto de los artículos 41, 101 y 11 del Reglamento de Contratos de Obra Pública contenido en el Decreto N° 75 del año 2004 del Ministerio de Obras Públicas ("RCOP" o el "Reglamento"), en el sentido que se indica a continuación:

2. Respecto del artículo 41 del RCOP:

2.1. Exponen que el artículo 41 del RCOP establece una restricción para que empresas relacionadas puedan inscribirse simultáneamente en un mismo registro de contratistas regulado en el RCOP ("Registro de Contratistas" o "Registro"), en los siguientes términos: "*no podrán inscribirse en un mismo registro, contratistas con uno o más socios, directores, o profesionales comunes. Igual prohibición regirá para las sociedades que sean socios o accionistas de otras sociedades, para aquellas sociedades cuyo uso de la razón social corresponda a una misma persona y para aquellas personas que tengan el uso de la razón social*" (artículo 41 del RCOP, inciso primero).

2.2. Las Solicitantes afirman que dicha restricción les afecta ya que algunas de ellas están relacionadas entre sí y no pueden inscribirse en el mismo Registro. Tal sería el caso de Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A. y Bitumix Austral S.A. entre otras.

2.3. Explican que el Registro de Contratistas es un registro de empresas que construyen obras públicas licitadas por el MOP cuya inscripción los habilita para poder participar de las licitaciones de obra pública convocadas por el MOP. Para que una empresa pueda inscribirse en él, requiere acreditar experiencia en la especialidad que inscribe y capacidad económica. Agrega que las empresas pueden tener interés de constituir empresas o sociedades relacionadas por diversas razones, todas legítimas, entre las cuales menciona: la determinación de dividirse en razón de especialidades o por razones territoriales; la distribución de riesgos; la descentralización de la administración de la sociedad; entre otras.

2.4. Luego, las Solicitantes cuestionan la finalidad de la restricción contenida en el artículo 41 del RCOP y concluyen que no existe una afectación a la libre competencia en la inscripción simultánea de dos empresas relacionadas en el Registro de Contratistas. Indican que, si se quiere evitar que empresas relacionadas participen en un mismo proceso de licitación, ello podría restringirse en el mismo RCOP o bien en las bases de la licitación y no en la inscripción en el Registro.

2.5. Exponen que la restricción existente constituye una barrera de entrada que no dice relación con la finalidad del Registro, esto es, listar aquellas empresas que cumplen con los estándares técnicos, económicos y profesionales necesarios para ser oferente en las licitaciones públicas reguladas en el RCOP. Así, las Solicitantes concluyen que la prohibición del artículo 41 del RCOP significa una barrera a la entrada, cuyo objetivo puede salvarse por otros mecanismos más idóneos.

2.6. Por las razones anteriores solicitan que se elimine la restricción contenida en el mencionado artículo 41 del RCOP o bien se modifique bajo parámetros que permitan la libre competencia.

3. En relación con el artículo 101 del RCOP:

3.1. Esta norma establece que el contratista sólo podrá subcontratar parte de las obras, cuando cuente con la autorización de la Dirección de Obras Públicas, manteniéndose, en todo caso, como el responsable de todas las obligaciones que omita pagar el subcontratista y que hayan sido contraídas para con el MOP y los trabajadores. El porcentaje máximo de la obra licitada sujeto a régimen de subcontratación es de 30%, salvo casos excepcionales calificados por el Director de Obras respectivo, en los que se permitiría aumentar dicho porcentaje. Respecto del subcontratista, el artículo 101 del RCOP exige que éste cuente con *inscripción vigente en el o los registros y categorías del Registro de Obras Públicas que procedan según los documentos de licitación y de acuerdo a las actividades que ellos desarrollarán*. Las solicitantes objetan esta norma por dos razones.

3.2. En primer lugar, alegan que el RCOP no define qué debe entenderse por subcontrato o subcontratista. Al respecto, indican que la definición que entrega la ley laboral no sería aplicable a la regulación de contratación para ejecución de obras públicas. Afirman que esta falta de definición ha llevado a una interpretación arbitraria del Reglamento por parte de los fiscalizadores de obras públicas, quienes interpretan de distinta forma qué debe entenderse por subcontrato y, por ende, cuándo se está en presencia de un incumplimiento al artículo 101 del RCOP. A su vez, señalan que no todos los proveedores de un contratista cuentan con un registro específico para su especialidad, por lo que se verían impedidos de cumplir con la norma.

3.3. En segundo lugar, señalan que la exigencia de inscripción en el Registro de los subcontratistas es absurda, ya que tendría como consecuencia equiparar el régimen del contratista adjudicatario, obligado principal del contrato, con el de las empresas que proveen al contratista de algún servicio específico. La conclusión anterior se vería reforzada si se tiene en consideración que, de acuerdo al mismo artículo 101 del RCOP, el contratista es el único responsable ante el MOP de la ejecución de la obra licitada y que, según lo dispuesto por el Código del Trabajo, el contratista es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales.

3.4. Las Solicitantes indican que la ausencia de regulación en la materia puede significar que la empresa contratista deba poner término a contratos con proveedores de servicios, lo que redunda en una disminución del ritmo de actividades y en un aumento de los precios a ofertar para las obras.

3.5. Indican que las dos circunstancias descritas anteriormente restringirían el ingreso al mercado de la ejecución de obras públicas a empresas que, a pesar de cumplir con los estándares de calidad exigidos por el MOP, no pueden participar como subcontratistas.

3.6. Es por ello que solicitan una modificación del artículo 101 del RCOP en el sentido de que la norma clarifique o defina qué debe entenderse por subcontratista; y que se elimine la obligación del subcontratista de tener inscripción vigente en el o los registros y categorías del Registro de Contratistas que procedan según los documentos de la licitación, de acuerdo con las actividades que desarrollarán.

4. En lo que respecta al artículo 11 del RCOP:

4.1. Esta norma regula la posibilidad de que las obras públicas sean ejecutadas por un consorcio formado por dos o más empresas contratistas inscritas en el Registro correspondiente, cuyas especialidades se complementen ("consorcio"). Una vez que el consorcio se adjudica la ejecución de una obra debe formar, en el plazo de 60 días, una sociedad con objeto exclusivo en la cual cada contratista se constituya como fiador y codeudor solidario de las obligaciones que contraiga la nueva sociedad.

4.2. Las Solicitantes indican que, si bien la posibilidad de adjudicarse y ejecutar obras públicas a través de consorcios ofrece diversas ventajas, tanto para las empresas que participan en la ejecución de estos contratos como para el MOP, la redacción actual del artículo 11 del RCOP establece requisitos o restricciones que califican de absurdas, las que atentarían contra la libre competencia.

4.3. La primera de las restricciones que critican es la obligación de constituir una persona jurídica distinta de los contratistas que conforman el consorcio, con un objeto único, la que se disolverá al momento en que se concluya la obra. Alegan que esta obligación aumenta los costos a los contratistas que forman consorcios, además de generar problemas legales tales como la modificación de los contratos de trabajadores, la obtención de los permisos respectivos, la creación de sistemas contables y tributarios independientes, entre otros.

4.4. La segunda restricción que buscan modificar es aquella que sólo permite la constitución de consorcios para la complementación de especialidades, excluyendo la complementación de experiencia o de capacidad económica. Indican que ampliar la posibilidad de crear consorcios –por razones diferentes a la complementación de especialidades– permitiría la participación en las licitaciones respectivas de empresas que, por sí solas, no podrían ejecutar la obra licitada. Esto, además, les permitiría adquirir mayor experiencia, incentivando su participación. Indican, en todo caso, que la solidaridad entre los socios del consorcio y las garantías que deben otorgar en conformidad al contrato permiten dejar indemne al mandante ante algún incumplimiento.

4.5. Las Solicitantes comparan esta regulación con la existente en el Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios ("Reglamento de Compras Públicas"), el que permite la creación de una Unión Temporal de Proveedores ("UTP") sin requerir el cumplimiento de ninguna de las dos exigencias descritas en los numerales anteriores.

4.6. En razón de lo anterior, piden a este Tribunal que se modifique el artículo 11 del RCOP en el sentido de eliminar el requisito de conformar una persona jurídica distinta de los contratistas que conforman el consorcio y de permitir la formación de dichos consorcios para complementar experiencia, patrimonio o cualquier otro aspecto que interese a las empresas involucradas.

C. Resumen de los antecedentes aportados al proceso

5. Las siguientes entidades aportaron antecedentes al proceso: Constructora Consul S.A., a fojas 264; Constructora Alvial S.A., a fojas 293; Pavimark SpA, a fojas 306; Constructora Conpax SpA, a fojas 330; Ingeniería Integral Fray Jorge S.A., a fojas 365; Constructora Itinex Ltda., a fojas 375; ICIL-ICAFAL S.A., a fojas 384; Pilotes Terratest S.A., a fojas 401; la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, a fojas 210, 226, 849 y 959; la Cámara Chilena de la Construcción A.G ("CChC"), a fojas 750; y la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía"), a fojas 773.

6. Los aportes de antecedentes de Constructora Consul S.A., Constructora Alvial S.A., Pavimark SpA., Ingeniería Integral Fray Jorge S.A., Constructora Itinex Ltda., ICIL-ICAFAL S.A., Pilotes Terratest S.A., en términos generales, reforzaron los argumentos esbozados por los solicitantes.

7. Conpax y la CChC, quienes también apoyaron las peticiones de las Solicitantes, aportaron, además, los siguientes antecedentes y argumentos:

7.1. El RCOP forma parte integrante de todos los contratos de obras públicas celebrados por el MOP, por lo que cualquier modificación que se le haga significaría un cambio en el núcleo del sistema de contratación de obras públicas no concesionadas en Chile.

7.2. Ambas consideran que el RCOP obstaculiza innecesariamente la participación de ciertos contratistas y establece condiciones de contratación que resultan ser bastante inciertas para los contratistas interesados en participar. Estas circunstancias impedirían, restringirían o entorpecerían la competencia o tenderían a producir dichos efectos.

7.3. En relación con la regulación que hace el artículo 101 del RCOP al régimen de subcontratación aplicable, señalan que la falta de definición del concepto de subcontratación ha motivado numerosos problemas a los contratistas, pues los Inspectores Fiscales en obra y de las Direcciones en las oficinas centrales del MOP son discrecionales.

7.4. Añaden que el actual artículo 101 del RCOP obstaculiza de forma innecesaria la entrada de ciertos contratistas, además de generar condiciones de contratación inciertas, afectando con ello la libre competencia. Agregan que los subcontratistas de menor tamaño, en los hechos, usualmente ejecutan subcontratos, por la vía de que los contratistas contraten directamente a los trabajadores de la empresa de menor tamaño, por el período que dure la obra.

7.5. Critican la obligación de que el subcontratista deba estar inscrito en el Registro de Contratistas y en el mismo registro y categoría que el contratista adjudicado, pues existen subcontratistas altamente calificados que pueden estar inscritos en un Registro distinto del contratista que busca subcontratar una especialidad de la cual carece. Por último, critican el límite máximo de 30% de subcontratación señalando que no existiría una justificación razonable al mismo, atendido que la responsabilidad por la ejecución de la obra recae en el contratista principal.

7.6. Agregan a la solicitud efectuada en autos, la necesidad de que el RCOP establezca mecanismos de solución de controversias efectivos que permitan dar una solución oportuna a los inconvenientes propios de cada obra ejecutada de conformidad al RCOP. Indican que, sin este mecanismo, cualquier dificultad que pueda generarse en la ejecución del proyecto impacta en los plazos y costos del contratista, afectando con ello su decisión de participar en la licitación respectiva y el precio a ofertar. Agregan a lo anterior que los funcionarios del MOP tampoco cuentan con las herramientas necesarias para dar respuestas oportunas a los imprevistos que van sucediendo. Ante esto, exponen que los inspectores fiscales y representantes del MOP han optado por recurrir a la Contraloría General de la República o a la Justicia Ordinaria, según sea el caso, lo que sólo extiende los tiempos de resolución de conflictos, debiendo el contratista asumir los costos asociados al período de decisión y continuar con la ejecución de la obra.

8. La Dirección de Obras Públicas del MOP, por su parte, se opuso a las solicitudes efectuadas en autos y señaló, en términos generales, que acoger las peticiones formuladas en este proceso implicaría anular el propósito y espíritu de

las normas contenidas en los artículos 11, 41 y 101 del RCOP, transgrediendo los principios de especialidad, experiencia, igualdad de proponentes y resguardo del interés fiscal. A su vez, indicó que los preceptos actuales evitan la arbitrariedad y la creación de barreras artificiales y, en consecuencia, promueven la competencia. En relación con cada una de las solicitudes expuso lo siguiente:

8.1. En relación con el artículo 41 del RCOP, expuso que éste tiene por finalidad asegurar la igualdad entre todos los licitantes y evitar eventuales acuerdos indebidos entre empresas inscritas en el Registro. Afirman que su incorporación a nivel de inscripción en el Registro es apropiada, por cuanto resultaría imposible controlar los aspectos antes mencionados a nivel de la licitación.

8.2. En lo que respecta al artículo 101 del RCOP, indica que la exigencia a los subcontratistas de estar inscritos en los registros del MOP y de que su contratación requiera de una autorización previa es necesaria y evidente, ya que carecería de sentido exigir dichos requisitos al contratista que se adjudica el contrato para luego permitir que éste ceda la ejecución de los trabajos a una o más empresas que no están inscritas.

8.3. En cuanto a lo regulado en el artículo 11 del RCOP, señala que la eexistencia de esta norma permite aumentar la cantidad de proponentes a través de la complementación de especialidades; establecer responsabilidades objetivas de la nueva empresa de giro exclusivo que se crea como consorcio; y establecer una responsabilidad solidaria en forma individual por las obligaciones contraídas, para proteger el interés fiscal.

8.4. Por último, en relación con la petición efectuada por Conpax y la CChC de normar un mecanismo de solución de controversias, la Dirección de Obras Públicas indicó, en presentación de fojas 959, que el MOP se encuentra trabajando en un plan piloto para la implementación de este tipo de mecanismos, el que –dependiendo de su resultado– podría determinar la aplicación eventual de tal mecanismo a una cantidad mayor de contratos similares suscritos por el MOP.

9. Finalmente, la Fiscalía Nacional Económica evacuó un informe sobre las solicitudes de recomendación normativa efectuadas en autos.

9.1. En dicho informe, la FNE analiza, en primer lugar, el contrato de obra pública regulado por el RCOP. Al respecto, indicó que el RCOP aplica a todos los contratos de obra pública gestionados por el MOP, sus Direcciones y Servicios y por las empresas e instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio. Agrega que, por regla general, la adjudicación de estos contratos se realiza a través de licitaciones públicas en las que sólo pueden participar los contratistas inscritos en los registros del MOP que hayan sido determinados en las bases de licitación respectivas. Por último, señala que estos contratos se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley N° 19.886 que establece las Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, salvo en aquella parte relativa al Tribunal de Contratación Pública y la aplicación supletoria de sus disposiciones.

9.2. La FNE detalla que, para ingresar al Registro de Contratistas, éstos deben presentar los antecedentes establecidos en el RCOP y su anexo, lo que permite al MOP evaluar su idoneidad económica, técnica y legal para efectos de participar en licitaciones de obras públicas. De este modo, el Registro evita evaluar dicha información en cada licitación.

9.3. En relación con la restricción regulada en el artículo 41 del RCOP relativa a las empresas que pueden inscribirse en los registros de contratistas del MOP, la FNE indica que la existencia de un registro es beneficiosa, por cuanto permite licitar los contratos de forma eficiente, reduciendo el costo de preparación de cada licitación tanto para el MOP como para los oferentes, además de funcionar como un "sello de calidad" para las empresas. En cuanto a la propuesta efectuada por los solicitantes, la FNE analiza los beneficios y riesgos a la libre competencia asociados a acoger la solicitud de modificación planteada. Para ello –atendida la amplitud de la norma analizada– la FNE consideró distintos niveles de vinculación entre empresas o personas. Al respecto:

(i) No observa beneficios en permitir la inscripción en el registro a empresas que forman parte del mismo grupo empresarial, toda vez que se supone que actúan de forma coordinada, siendo una sola unidad económica y no competidores reales e independientes.

(ii) En relación con empresas o personas que tienen una participación minoritaria sin control, afirma que la apertura del Registro de Contratistas a ellas abre la posibilidad que nuevos oferentes participen de forma independiente en el proceso de licitación, pero aumenta los riesgos de coordinación en la misma licitación y en la industria. En la misma licitación, aumentarían dichos riesgos en la medida que la nueva empresa tenga vínculos con su competidor actualmente registrado. En la industria, aumentarían en la medida que pueden promover la adquisición de participaciones minoritarias de competidores para facilitar la coordinación. También indica que esta apertura generaría riesgos unilaterales como la presentación de ofertas poco agresivas para favorecer a la otra empresa o el uso de información estratégica por parte de un accionista minoritario, para utilizarla en la empresa donde es socio mayoritario.

(iii) Respecto de empresas que tienen directores o representantes comunes (que no infrinjan art. 3° letra d) del Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211"), la FNE expone que aumentarían los riesgos de coordinación indicados en (ii), atendido que la comunicación se daría entre personas que tienen mayor participación en la definición de estrategias comerciales relacionadas con licitaciones, en comparación con los socios minoritarios.

(iv) Por último, la apertura del Registro de Contratistas a empresas que tienen profesionales en común mantendría, en menor medida, los riesgos indicados en los numerales anteriores, ya que esta situación permitiría el traspaso de información sensible entre competidores. Añade que un riesgo adicional es que estos profesionales sean contratados con el solo objetivo de usar su experiencia para acceder al Registro o a una mejor categoría, aumentando artificialmente el número de empresas registradas.

9.4. Luego, la FNE hace un análisis del estado actual del Registro de Contratistas y realiza una aproximación de los potenciales oferentes por licitación

regulada por el RCOP. Para ello, consideró los contratos de obras públicas de obras mayores que iniciaron su ejecución el año 2017, cuyo número asciende a 424 contratos, y contabilizó las empresas que podían participar en dichos procesos licitatorios. Para ello, utilizó a las empresas que desde el año 2015 se adjudicaron uno o más contratos en la misma región del contrato que se analiza. Concluyó que, en el escenario más conservador, existirían 22 competidores potenciales en promedio por cada contrato de obra pública, siendo cinco el número mínimo de oferentes (sin perjuicio de que, en determinados casos o regiones, este número podría ser menor). Por lo anterior, el efecto pro competitivo de abrir el registro a empresas relacionadas sería acotado, toda vez que la máxima ganancia en presión competitiva en una licitación se alcanzaría con los primeros oferentes.

9.5. Atendido el análisis anterior, la FNE señala que se debe evaluar con cautela la solicitud de modificación del artículo 41, debiendo ponderarse los beneficios que podría generar la apertura del Registro con los riesgos identificados. Agrega que, en caso de acogerse la solicitud, se deberían tomar los siguientes resguardos:

(i) Evitar la participación en una licitación de contratistas relacionados ya registrados, estableciendo mecanismos para el caso que se presenten ofertas de empresas relacionadas;
(ii) Promover que los contratistas cumplan con los requisitos de experiencia y capacidad económica de acuerdo con sus méritos propios y no a los de sus relacionadas;
(iii) Requerir a las empresas transparentar sus relaciones con otras empresas inscritas; y
(iv) Tener en consideración las recomendaciones de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública.

9.6. En lo que respecta al régimen de subcontratación, la FNE comparte con los Solicitantes la necesidad de que el MOP provea de una definición de subcontrato acorde a su normativa y características de los contratos de obra pública, tratando de potenciar la subcontratación vertical, especialmente PYMES y evitar la subcontratación horizontal entre potenciales competido-

res. En cuanto al riesgo asociado a la solicitud de eliminar la exigencia de que las empresas subcontratistas estén inscritas en los registros requeridos por las bases de licitación, la FNE concluye que éste tendría que ver con la mayor incertidumbre para el MOP respecto del control y calidad de la ejecución del contrato, cuestión que debe ponderarse con los beneficios a la libre competencia.

9.7. Por último, en relación con el artículo 11 del RCOP que regula la formación de consorcios, la FNE expone que, en general, la existencia de consorcios genera dos efectos contrapuestos desde el punto de vista de libre competencia: por un lado, permiten eliminar barreras de entrada para participar en una licitación, pero, por otro, pueden disminuir la cantidad de potenciales oferentes en una licitación en caso que las empresas que lo conforman puedan participar de forma individual. Asimismo, pueden utilizarse como un mecanismo facilitador de la colusión. De esta forma concluye que la formación de consorcios podría incrementar la participación de nuevos competidores en la licitación en la medida que los miembros no sean competidores en ese contrato y que el consorcio les permita participar en licitaciones a las que no podrían ir individualmente.

9.8. En adición a lo anterior, la FNE sostuvo en la audiencia pública que, de todas las solicitudes planteadas en autos, sólo se debiese aceptar aquella relativa al artículo 101 del RCOP para promover la subcontratación entre no competidores. Las otras solicitudes no debiesen acogerse, atendido los riesgos a la competencia asociados a su aceptación.

D. Audiencia Pública

10. Según consta a fojas 1008, el 28 de agosto de 2019 se realizó la audiencia pública decretada a fojas 844. En la referida audiencia intervinieron los apoderados de Icafal Ingeniería y Construcción S.A., Sociedad Ingeniería Construcción y Maquinaria SpA, Constructora IS Ltda., Inversiones Morval Ltda., Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A., Bitumix Austral S.A., Constructora Luis Navarro SpA, Constructora Consul S.A., Constructora Alvial S.A., Pavimark SpA., Constructora Itinex Ltda., Pilotes Terratest S.A. e Ingeniería Integral Fray Jorge S.A.; la Cámara Chilena de la Construcción A.G. y de la Fiscalía Nacional Económica.

PARTE CONSIDERATIVA

II. SOLICITUD DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA

11. La facultad establecida en el número 4) del artículo 18 del D.L. N° 211 consiste en "[p]*roponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas*".

12. Como se ha resuelto, el ejercicio de esta facultad es una decisión privativa y discrecional de este Tribunal, que debe tomar en consideración "*los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa* (…) *tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador*" (Proposición 17/2015, § 119). Asimismo, este análisis debe considerar si los objetivos de política pública buscados por el regulador pueden obtenerse por medios menos lesivos para la competencia.

13. Como se señaló en la resolución de inicio (fs. 157), este expediente tiene por objeto evaluar si es necesario y oportuno ejercer la potestad antes indicada en relación con la eventual modificación del RCOP, contenido en el Decreto Supremo N° 75 del MOP, en particular, respecto de sus artículos 41, 101 y 11. Adicionalmente, algunos aportantes de antecedentes en autos (Constructora Conpax SpA (fs. 330) y Cámara Chilena de la Construcción A.G. (fs. 750) han solicitado que se recomiende incorporar a la regulación un mecanismo de solución temprana de controversias para las discrepancias que pudieran surgir entre el organismo público que haga las veces de mandante y la empresa adjudicataria.

14. El trasfondo de las distintas propuestas de modificación al RCOP efectuadas por las Solicitantes dice relación, en esencia, con las restricciones que aquel impone respecto de la libertad de organización empresarial de agentes

económicos –lo que obliga, en los hechos, a la utilización de ciertas estructuras societarias con una importante rigidez–, y con las limitaciones normativas y de hecho a la subcontratación, que también suponen rigidizar los medios empleados para la construcción de la obra pública de que se trate.

15. En lo que sigue, se analizarán las distintas propuestas de modificaciones normativas impulsadas por las Solicitantes y los demás aportantes de antecedentes en estos autos, para luego recomendar los cambios al RCOP que se han estimado pertinentes, lo cual supone ponderar los costos y beneficios de dichos cambios.

A. En relación con la modificación al artículo 41 del RCOP

16. El artículo 41 del RCOP, en lo pertinente, señala:

> "(…) *no podrán inscribirse en un mismo registro, contratistas con uno o más socios, directores, o profesionales comunes. Igual prohibición regirá para las sociedades que sean socios o accionistas de otras sociedades, para aquellas sociedades cuyo uso de la razón social corresponda a una misma persona y para aquellas personas que tengan el uso de la razón social.*
>
> *No obstante lo anterior, un Contratista que postula a inscripción o está inscrito en el Registro podrá poseer acciones de una sociedad anónima abierta e inscrita en el Registro, siempre y cuando su posesión accionaria sea inferior al 10 % y cuando ésta en definitiva no se constituya en 'Inversiones Permanentes en Otras Empresas'. Las Inversiones Permanentes en Otras Empresas son aquellas referentes a acciones o derechos en sociedades, que se mantienen con el objeto de ejercer control o influencia significativa en la empresa en que se invierte, según lo definido en los Boletines Técnicos pertinentes del Colegio de Contadores* (…).
>
> *Las normas de los incisos precedentes serán aplicables a las personas jurídicas cuando alguno de sus socios, directores o profesionales integrantes de su equipo gestor estuviere afectado por las causales de inhabilidad indicadas*".

17. Las Solicitantes afirman que la prohibición de inscripción de sociedades relacionadas en el Registro de Contratistas del MOP no se justifica desde una perspectiva de libre competencia, en cuanto la transparencia del referido Registro impediría que se produzcan atentados al bien jurídico protegido. Adicionalmente, señalan que la prohibición supone una restricción sobre la libertad de organización empresarial y de distribución de riesgos dada por el derecho a constituir personas jurídicas.

18. A fojas 211, el MOP señala que la restricción del artículo 41 tiene por objeto evitar "*acuerdos indebidos entre empresas inscritas en el Registro* (…). *Esta disposición es totalmente razonable para el objetivo señalado y se estima que su instalación a nivel de la inscripción en el Registro de Contratistas es la apropiada, por cuanto resultaría imposible controlar estos aspectos a nivel de la licitación al margen de la economía procedimental y ahorro de costos para todos los involucrados*", pero no refiere ninguna argumentación adicional sobre la justificación o racionalidad de la restricción impuesta.

19. En adición a esos dichos, la FNE cita en su aporte de antecedentes (fs. 789) un informe emitido por el Jefe del Departamento de Registro de Contratistas y Consultores del MOP, acompañado en el recurso de protección caratulado "Constructora IS Ltda./Ministerio de Obras Públicas", Rol N° 39.378-2017, conocido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. En dicho informe se señala que "*los fines o propósitos que se tuvieron en cuenta al momento de dictar dicha norma* (…) [fueron] *la necesidad de evitar efectos anticompetitivos derivados del hecho de posibles acuerdos entre competidores que les confieran poder sobre el mercado con el fin de limitar la competencia, fijar precios u otras condiciones de comercialización que implique excluir competidores o afectar el proceso de nuestras licitaciones*".

20. Según indica la FNE, el Registro de Contratistas del MOP permite que los criterios de adjudicación de las licitaciones se basen en las exigencias técnicas y económicas de las obras y que no dependan de las características de los oferentes, dando cumplimiento a las recomendaciones de la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (fs.788).

21. La FNE consideró distintos niveles de vinculación entre personas a nivel societario para evaluar los efectos de la restricción en la competencia, concluyendo que (i) a nivel de empresas que formen parte de un mismo grupo empresarial, no habría beneficios derivados de eliminar la restricción, porque se supone que actuarían de forma coordinada, sin ser competidores reales e independientes en una licitación**;** (ii) a nivel de personas relacionadas vía una participación minoritaria sin control, permitir su inscripción abriría la posibilidad de que nuevas empresas participen de forma independiente, pero también aumentaría los riesgos de coordinación entre competidores, desde un punto de vista estático, en cada licitación, y desde uno dinámico, pues la interrelación entre empresas en el tiempo podría promover la adquisición de participaciones minoritarias en competidores, sin perjuicio de eventuales riesgos unilaterales; (iii) a nivel de empresas con uno o más directores comunes, o que tengan en común representantes legales o convencionales, la FNE distingue entre las entidades que superan el umbral establecido en el artículo 3º letra d) del D.L. N° 211 –atendido que se trataría de un hecho que impide, restringe o entorpece la libre competencia, o que tiende a producir dichos efectos– y aquellas que no superan dicho umbral, y enfoca su análisis en el segundo caso; al respecto, la Fiscalía señala que, en éste, el riesgo de coordinación podría ser mayor que en (ii), dado que es probable que los individuos que se comunican participen en la definición de estrategias comerciales relacionadas con licitaciones; (iv) finalmente, a nivel de empresas que cuenten con uno o más profesionales comunes, la FNE considera que también podría aumentar el universo de contratistas con ofertas independientes, pero mantendría el riesgo de competencia ante la posibilidad de traspaso de información sensible entre competidores. Agrega que, en este último escenario, es posible que estos profesionales sean contratados con el único objetivo de usar su experiencia para acceder a un registro o categoría, generando un aumento artificial de empresas registradas (fs. 790 a 792).

22. El análisis de la FNE no considera los efectos de la limitación en la libertad de los grupos empresariales para organizarse jurídicamente, lo que no resulta adecuado, pues dicha limitación podría elevar los costos de participar en la licitación. Tampoco pondera si el objetivo pretendido por la regulación podría obtenerse mediante medios menos gravosos para la libertad de los particulares. En particular, la FNE se centra casi únicamente en los riesgos derivados de

la participación de empresas relacionadas en una misma licitación, soslayando los argumentos presentados por las Solicitantes en relación con un uso más eficiente de los recursos disponibles mediante las diversas posibilidades de organización empresarial, refiriéndose a la posibilidad de establecer medidas alternativas en las licitaciones sólo en forma subsidiaria.

23. Asimismo, la FNE considera que, bajo las condiciones actuales, el Registro de Contratistas habilita la participación de un número suficiente de competidores para cada contrato de obra pública, de modo que su flexibilización sólo conllevaría beneficios en casos específicos. Para llegar a esa conclusión, la FNE realizó un ejercicio buscando determinar el número de competidores potenciales que habría en la ejecución de proyectos de obras públicas mayores, empleando como base el número de empresas del Registro de Contratistas del MOP inscritas en dicha categoría. Bajo el escenario más conservador definido por la Fiscalía, es decir, aquel que considera a las empresas habilitadas para participar de las licitaciones y que, además, ya se habían adjudicado contratos en los dos últimos años en la misma región donde se emplazan los proyectos, la Fiscalía determinó que existirían en promedio 22 competidores potenciales en cada región para obras públicas mayores (fs. 796-797).

24. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía reconoce que no le fue posible obtener información sobre el número efectivo de participantes por licitación (fs. 797-798). A este respecto, las Solicitantes acompañaron a fojas 939 información de todas las licitaciones de obras públicas realizadas por las Direcciones de Arquitectura (128 licitaciones que recibieron ofertas), Obras Portuarias (79 licitaciones con ofertas) y Vialidad (439 licitaciones con ofertas) del MOP para 2017. Con dicha información, y considerando exclusivamente las licitaciones que recibieron ofertas, se puede determinar que en estas licitaciones el promedio ponderado de ofertas efectivamente recibidas fue menor a cuatro –en Arquitectura el promedio fue de dos, y tanto en Obras Portuarias como en Vialidad el promedio fue de cuatro ofertas recibidas aproximadamente–, antecedente que será tenido en cuenta al momento de evaluar la presente solicitud de recomendación normativa. Así se muestra en el cuadro que se inserta a continuación.

Competidores potenciales en base a Registro de Contratistas del MOP	Número promedio de ofertas efectivamente presentadas en licitaciones del MOP
22	3,4

Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada por las Solicitantes a fojas 939.

25. Adicionalmente, según indica la CChC, a fojas 842, "*en promedio, el 60% del total del monto adjudicado por región, corresponde a 5 contratistas, observándose aún mayor concentración en regiones extremas (en donde se alcanza hasta el 100%). Siendo así, podría establecerse que existe concentración de adjudicatarios en el mercado de la obra licitada al amparo del DS N° 75/2004, lo cual se comprueba mediante diferentes análisis*".

26. Para efectos de resolver esta solicitud, se debe tener en consideración que el Registro de Contratistas del MOP tiene por función facilitar las licitaciones de contratos de obras públicas por la vía de individualizar *ex ante* a los agentes económicos que están capacitados para participar en una determinada licitación, de acuerdo a su especialización, capacidad económica y experiencia, evitando que su idoneidad deba ser analizada en cada oportunidad que se efectúe una licitación, sin perjuicio de la obligación de las empresas registradas de actualizar la información anualmente. Es un mecanismo estandarizado que resulta en una disminución significativa de los costos de transacción y administrativos, considerando el total de obras públicas que se licitan anualmente por parte del MOP, a lo que se agrega que, de acuerdo a los antecedentes aportados por la FNE, la inscripción en el Registro se utiliza como medio de señalización de calidad incluso en licitaciones y contratos entre privados (fs. 787-788).

27. Atendido que, de conformidad con el artículo 1° del RCOP, la inscripción en el Registro de Contratistas del MOP es imprescindible para participar en las licitaciones de contratos de obras públicas, las disposiciones que establecen los requisitos para la inscripción pueden redundar en barreras a la entrada para los agentes económicos que deseen participar en las referidas licitaciones de contratos de obras públicas y en otros contratos análogos. Por lo mismo, evidentemente existe un interés público en que las reglas que rigen la inscripción en el Registro de Contratistas no establezcan requisitos tales que limiten injustificadamente el universo de potenciales oferentes en una licitación. Es en este

contexto en que debe analizarse la propuesta de modificación efectuada por las Solicitantes.

28. La imposibilidad de que empresas relacionadas se inscriban en el Registro de Contratistas, en principio, no supone una limitación para la participación de agentes económicos en las licitaciones, pero obliga a quienes deseen hacerlo, a organizarse societariamente de una determinada forma, o bien, a ofertar a través de sólo una de las sociedades de su grupo empresarial. Así, por ejemplo, Bitumix Austral S.A. no puede participar en las licitaciones, pues su relacionada, Bitumix S.A. se encuentra inscrita en el Registro, lo que, conforme explican las Solicitantes, eleva sus costos al participar en licitaciones para obras públicas en la zona sur del país (fs. 108).

29. Por otra parte, la limitación evita que entidades actualmente independientes busquen adquirir participación en potenciales competidores, sea que dichas participaciones supongan o no el control de ese potencial competidor. En consecuencia, el artículo 41 del RCOP establece una restricción a la libertad de los particulares para organizarse como personas jurídicas.

30. El derecho a constituir personas jurídicas es, en el ámbito del derecho privado, un derecho potestativo que sólo se ve limitado en casos que pueden calificarse como abuso de derecho. Como se señaló, la libertad de organización de los activos económicos en diversas formas empresariales propende a una mejor utilización de los recursos por parte de sus dueños, por lo que limitarla podría elevar los costos de participar en una licitación. En general, limitar la libertad de los particulares requiere de una justificación que, en este caso, de acuerdo al MOP, estaría dada por la protección de la competencia en las licitaciones de obras públicas. Con todo, ni el MOP ni la FNE han aportado antecedentes suficientes que den cuenta de la necesidad de una restricción de esta naturaleza desde la perspectiva de la competencia, existiendo alternativas menos restrictivas a la libertad de los particulares para alcanzar los mismos objetivos que persigue el actual artículo 41 del RCOP.

31. Para analizar los efectos en la competencia de esta prohibición, habría que distinguir entre la inscripción de (i) sociedades que pertenecen a un mismo gru-

po empresarial y (ii) sociedades con participaciones minoritarias entre sí o a través de un socio común.

32. Respecto de las primeras, no existiría un riesgo de coordinación entre competidores, toda vez que, dichas sociedades no actúan en forma independiente entre sí en una licitación, pues conforman una única unidad económica. Ahora bien, en caso de permitirse la presentación de ofertas de entidades pertenecientes al mismo grupo, podría generarse una apariencia de competencia en la licitación. Por ejemplo, en caso de que se presenten dos o más ofertas por parte de entidades del mismo grupo, y que al menos dos de éstas sean las ofertas económicas más bajas, el oferente tendría incentivos para –previo a la adjudicación, en atención al artículo 86 del RCOP– retirar su oferta más baja, para adjudicarse la licitación con su oferta de valor mayor, correspondiente a la segunda oferta más baja de la licitación –si las bases establecen que en dicho caso se debe adjudicar a la siguiente mejor oferta económica–.

33. Asimismo, existe el riesgo de que el MOP no pueda desechar todas las ofertas, en conformidad con los incisos primero y segundo del artículo 87 del RCOP, cuando el número de ofertas recibidas sea mayor a tres, pero –si se consideraran las ofertas presentadas por grupo empresarial y no individualmente por cada oferente– este número sea inferior.

34. Por otro lado, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 del RCOP, en relación con las sociedades con participaciones minoritarias entre sí o a través de un socio común, la eliminación de la prohibición para inscribirse en el Registro de Contratistas del MOP podría llevar a un aumento del riesgo de coordinación entre los participantes de una determinada licitación, por ejemplo, ante la posibilidad de que un oferente haga uso de información estratégica de otra empresa, que haya adquirido a través de su participación minoritaria en un competidor.

35. Se debe tener en cuenta que, incluso en caso de eliminar la prohibición, existen vías para analizar los potenciales efectos a la competencia que pudieran tener operaciones de concentración de dos empresas inscritas en el Registro de Contratistas, por medio del control obligatorio de operaciones de con-

centración establecido en el Título IV del D.L. N° 211, siempre que se superen los umbrales de notificación obligatoria.

36. Por otra parte, los eventuales efectos en la competencia que pudieran tener ciertas adquisiciones de participaciones minoritarias entre competidores pueden ser investigadas por la FNE, en conformidad con el artículo 4° bis del D.L. N° 211. En efecto, dicha norma obliga a informar a la Fiscalía la adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad de su grupo empresarial, de participación directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, en caso de superar ciertos umbrales de ventas.

37. Sin perjuicio de lo anterior, los riesgos descritos también podrían ser mitigados si la actual restricción establecida en el artículo 41 del RCOP se establece, no ya para la inscripción en el Registro de Contratistas, sino para la participación de dichas empresas en una misma licitación. De esa forma, en cada licitación particular sólo debieran participar agentes económicos independientes, sin relaciones de propiedad entre ellos, eliminándose el riesgo advertido tanto por la FNE como por el MOP. En cualquier caso, de adoptarse una regulación como la indicada, sería razonable que se mantuviera la misma jerarquía normativa que en la restricción actualmente existente, esto es, que fuese incorporada al RCOP, con miras a mantener un marco normativo que otorgue certidumbre.

38. Asimismo, dicha prohibición debiera establecerse junto con la obligación de las empresas inscritas en el Registro de Contratistas y sus socios o accionistas de informar periódicamente al MOP sus relaciones de propiedad con otras empresas inscritas. Adicionalmente, a fin de evitar que eventuales alteraciones en las relaciones de propiedad sean desconocidas para la entidad licitante debido al desfase entre el último informe y la recepción de las ofertas, debiera imponerse la obligación de agregar a la presentación de la oferta una declaración jurada relativa al cumplimiento, a ese momento, de la normativa pertinente.

E. En relación con la modificación al artículo 101 del RCOP

39. Las Solicitantes afirman que la disposición del artículo 101 del RCOP es contraria a la libre competencia, en cuanto exige la inscripción de los subcontratis-

tas en el Registro de Contratistas del MOP y limita la subcontratación a obras que no representen más de un 30% del valor del contrato, salvo en situaciones de excepción debidamente justificadas por el MOP (fs. 119).

40. Las Solicitantes señalan que el RCOP no define "subcontrato" o "subcontratistas", lo que genera incertidumbre en relación con la calificación de los contratos con proveedores de servicios o materiales en esa categoría, cuestión que quedaría en manos de los inspectores fiscales. Según señalan las Solicitantes, no habría un criterio claro en la materia, en cuanto la normativa laboral no sería aplicable directamente, por estar centrada en las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores, y no en el tipo de trabajo que involucran (fs. 121-132).

41. Adicionalmente, señalan que la propia regulación de la materia en el RCOP no sería adecuada, pues la necesidad de que los subcontratistas estén inscritos en el Registro de Contratistas limitaría el número de potenciales empresas disponibles para realizar estas labores, sin mayor justificación (fs. 131).

42. La CChC considera que el límite del 30% como máximo porcentaje de la obra a ser ejecutado por subcontratistas es injustificado, en cuanto limitaría el incentivo de las empresas capaces de ejecutar las obras a participar de las licitaciones. Además, hace presente que, en 2009, mediante el Decreto N° 119, el MOP modificó transitoriamente el RCOP para permitir la subcontratación de hasta un 50% de las obras con miras a fomentar la competencia en las licitaciones de contratos de obras públicas (fs. 755 vuelta).

43. Por su parte, el MOP no entregó mayor justificación respecto de estas restricciones, limitándose a señalar que ésta sería evidente, pues carecería de sentido exigir los requisitos al contratista que participa y es adjudicado, para luego permitir ceder la ejecución de los trabajos del contrato a uno o más subcontratistas que no cumplen los requisitos exigidos al principal. El MOP no hace referencia alguna a la indefinición del concepto de subcontrato que señalan las Solicitantes y los demás aportantes de antecedentes en este expediente (fs. 210).

44. La FNE considera relevante que se establezca una definición de subcontrato adecuada a la normativa y características de los contratos de obras públicas,

pero agrega que debe tratar de potenciarse la subcontratación vertical entre empresas no competidoras, evitando la subcontratación horizontal. En cuanto a la necesidad de inscripción en el Registro de Contratistas, hace presente que las bases tipo que tuvo a la vista hacen esa exigencia facultativa para el órgano licitador que corresponda. Asimismo, señala que existen inconsistencias entre el RCOP y algunas bases tipo que sí definen la subcontratación, lo que aumentaría la incertidumbre sobre qué norma seguir. Lo anterior, de acuerdo con la Fiscalía, otorgaría cierto nivel de discrecionalidad a los inspectores fiscales en cuanto a qué norma aplicar (fs. 801-805).

45. Para el caso que este Tribunal acoja las peticiones de las Solicitantes, la FNE estima que se debiera revisar la restricción permitiendo, por ejemplo, la subcontratación de una empresa que esté en la misma categoría que el contratista, pero que no cuente con todos los registros particulares exigidos por la licitación o, en ciertos casos y para determinadas labores, permitir la subcontratación de una empresa que esté en el mismo Registro, pero que se encuentre en una o dos categorías inferiores a la de la empresa adjudicataria (fs. 804-805).

46. Son varios aspectos los que deben revisarse en relación con la regulación de la subcontratación en el artículo 101 del RCOP. Ante todo, la ausencia de un concepto de subcontratación genera incertidumbre respecto de la calificación de ciertos servicios o contratos como subcontratos. Un segundo aspecto dice relación con la obligatoriedad de que los subcontratistas deban estar inscritos en el Registro de Contratistas. Ambas cuestiones podrían generar efectos en la competencia al desincentivar la participación de potenciales oferentes.

47. La subcontratación puede ser positiva para la competencia en cuanto reduce las barreras a la entrada, permitiendo la participación de un mayor número de oferentes, al poder, por ejemplo, subcontratar especialidades.

48. El artículo 183-A del Código del Trabajo contiene una definición de subcontrato. Con todo, las Solicitantes señalan que no es apropiada para el régimen de contratación de obras públicas, por cuanto dicha normativa tiene por objetivo regular una materia muy diversa de la demanda de obras públicas. Tal objetivo ha sido reconocido por la Excma. Corte Suprema, la cual ha fallado que "*la ley*

que regula el trabajo en régimen de subcontratación (…) *establece un sistema de protección a los trabajadores que se desempeñan en dichas condiciones*" (Excma. Corte Suprema, Rol N° 20.400-2015, 28 de junio de 2016, c.17).

49. La definición de subcontratación contenida en el artículo 183-A del Código del Trabajo señala que:

> "*Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.*
>
> *Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478*".

50. La Excma. Corte Suprema ha resuelto que la subcontratación "*surge cuando dos empresas independientes entre sí se relacionan con el cometido que una le da a la otra y que consiste en la producción de bienes o la prestación de servicios, que la otra se compromete a realizar por sí misma y con sus recursos humanos, financieros y materiales*" (Excma. Corte Suprema, Rol N° 20.400-2015, 28 de junio de 2016, c.6°).

51. La definición del subcontrato desde la perspectiva de la legislación laboral resulta excesivamente amplia e inconsistente con los objetivos buscados por la normativa contenida en el artículo 101 del RCOP, toda vez que el artículo 183-A del Código del Trabajo –por su propio rol– no distingue la naturaleza de los servicios que pueden subcontratarse para la ejecución de la obra. De utilizarse

esa definición en esta sede, toda producción de bienes o prestación de servicios que sea externalizada, cualquiera sea su naturaleza, sería calificada como subcontratación, por lo que en el contexto de una obra pública regida por el RCOP debiera ser desarrollada por subcontratistas debidamente inscritos y contabilizarse dentro del límite de 30% antes referido.

52. De este modo, a partir de la normativa laboral no es posible desprender la naturaleza ni extensión de las actividades que un subcontratista podría desempeñar o no, para un adjudicatario de una licitación del MOP.

53. Desde una perspectiva más general, el subcontrato como categoría contractual no tiene una regulación sistemática en el derecho chileno, salvo por referencias explícitas en las reglas del Código Civil sobre arrendamiento, mandato y fianza, una referencia implícita en las reglas sobre contrato de construcción a suma alzada (artículo 2003 Nº 5 del Código Civil) y contrato de sociedad, y otras normas desperdigadas en el ordenamiento.

54. De acuerdo a la doctrina de derecho privado, un subcontrato es una forma de delegación de la prestación convenida para su ejecución por un tercero distinto al deudor, sin perjuicio de que éste asume la responsabilidad por el hecho del subcontratista (artículo 1679 del Código Civil; la norma tiene consecuencias análogas a las establecidas para el subcontrato bajo el artículo 101 del RCOP). De acuerdo con las reglas generales de los contratos, la subcontratación es posible salvo que esté prohibida o que se trate de un contrato *intuito personae*.

55. Al igual que como ocurre con el concepto proveniente del derecho laboral, la noción de subcontrato de derecho privado tiene una amplitud tal que, diferenciar entre la figura del subcontrato del contrato de obra, la adquisición de ciertos insumos y el arrendamiento de servicios inmateriales a terceros distintos a la empresa adjudicataria de la obra, supone dificultades. La determinación de un criterio para distinguir entre esas figuras, sea la preponderancia del trabajo o de valor de los materiales a que se refiera un determinado contrato, supone un grado de discrecionalidad y en ningún caso va a ser precisa, al requerir de una labor de calificación jurídica en el caso concreto.

56. En este sentido, atendido el marco regulatorio existente, la propuesta de establecer una definición de subcontrato en el RCOP resulta apropiada para eliminar incertidumbres que puedan afectar las decisiones de los agentes económicos involucrados en una licitación de contratos de obras públicas.

57. Esa definición debiera considerar las características particulares de la subcontratación en los contratos de obras públicas, en especial, el tratamiento de servicios especializados que no están recogidos en las especialidades del Registro de Contratistas. En efecto, si bien una definición amplia de subcontrato se refiere a la ejecución por un tercero de cualquier aspecto de la prestación del contrato original, la regulación del RCOP pareciera entender que hay subcontrato sólo respecto de las especialidades consideradas en el Registro de Contratistas. Adicionalmente, el RCOP parece excluir de la noción de subcontrato a servicios necesarios durante la ejecución de la obra, pero que no forman propiamente parte de ésta, como los de limpieza y de seguridad. Por último, se ha señalado en autos que hay servicios muy especializados que no se encuentran recogidos en el Registro de Contratistas y que hay empresas que no tienen interés en inscribirse en ese registro, por no participar en licitaciones de contratos de obras públicas (fs. 340).

58. En este contexto, una definición de subcontrato consistente con la regulación vigente en el artículo 101 del RCOP debería limitarse a entender que hay subcontratación sólo en la provisión por terceros de aquellas labores susceptibles de ser desarrolladas por empresas inscritas en alguna de las categorías del Registro de Contratistas que procedan según los documentos de la licitación. Con todo, esa definición restringida supondría implícitamente permitir la subcontratación de empresas de servicios no considerados en el Registro de Contratistas.

59. Un segundo aspecto a resolver dice relación con la necesidad de que los subcontratistas estén inscritos en el Registro de Contratistas. A este respecto, se coincide con las Solicitantes que esa imposición supone una rigidez excesiva para el potencial adjudicatario del contrato, que limita sus posibilidades de aminorar los costos de ejecución de la obra. La existencia de este requisito asume que el Registro de Contratistas tiene una virtud universal, esto es, que

cubriría todas las especialidades necesarias para la ejecución de una obra y, además, que todas las empresas adjudicatarias cuentan con cada una de esas especialidades en el caso de una obra en particular. Si bien esa situación podría darse en obras de complejidad menor, es difícilmente argumentable que tal premisa pueda extenderse a la generalidad de los contratos de obras públicas.

60. La eliminación de la obligación de registro para los subcontratistas no debiera suponer riesgos adicionales para el MOP. Como se ha señalado, el contratista asume una responsabilidad vicaria por el hecho del subcontratista, que no admite excusas. En este sentido, la certificación de calidad del trabajo que esa inscripción conlleva se vuelve superflua, en el entendido que la empresa adjudicataria es plenamente responsable ante el mandante de los hechos de los subcontratistas como si fueran hechos propios.

61. Para dar peso al argumento esgrimido por el MOP sobre la necesidad de inscripción, necesariamente se debiera asumir que éste tiene una capacidad de fiscalización muy escasa durante la ejecución de la obra, al punto que mitigar el riesgo de incumplimiento requeriría de la certificación *ex ante* otorgada por la inscripción en el Registro y, además, que la autorización que el mandante de la obra debe otorgar para dar lugar al subcontrato, como dispone el artículo 101 RCOP, tampoco sería una mitigación suficiente del riesgo. Con todo, no existen antecedentes en autos que permitan sostener la existencia de un riesgo tal para el MOP que no pueda ser mitigado por vía de la responsabilidad civil subsecuente, o que den cuenta de limitaciones significativas a la capacidad de fiscalización del Estado.

62. Un último aspecto a revisar dice relación con la limitación de la subcontratación a un 30% del valor total del contrato. No existen antecedentes que respalden o justifiquen ese límite máximo y, por el contrario, se ha acreditado que, al menos, para un período acotado, el regulador estimó adecuado elevarlo al 50% de la obra. En consecuencia, se trata de una decisión discrecional, que no ha sido justificada, en estos autos, desde la perspectiva de la libre competencia.

63. En este sentido, al igual que en la restricción del artículo 41 RCOP, el trasfondo de la propuesta de las Solicitantes dice relación con la libertad de orga-

nización empresarial de quienes participan en contratos de obras públicas. Las limitaciones que el artículo 101 impone a la subcontratación obligan a las empresas que deseen participar en una licitación a organizarse en una determinada forma y a asumir la ejecución por sí de, al menos, un 70% de las obras, lo cual podría configurar un impedimento a las empresas de menor tamaño para participar en las licitaciones y con ello reducir la intensidad competitiva en la licitación. Las Solicitantes han señalado que esta afectación de la libertad de organización genera distorsiones tales como la contratación directa por parte de la adjudicataria de la licitación de trabajadores de empresas subcontratistas, junto a incertidumbre respecto de la calificación de contratos destinados a la construcción de la obra.

64. Sin perjuicio de lo anterior, para resguardar adecuadamente la libre competencia, no debiera permitirse la subcontratación de empresas que estén inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria de la licitación, en cuanto tal habilitación redundaría en un mayor riesgo de coordinación entre las empresas participantes en las licitaciones de contratos de obras públicas. Por el contrario, la subcontratación de empresas que no están inscritas en la misma categoría y especialidad de una empresa que participa en una licitación puede ser beneficiosa para ésta al permitir, eventualmente, un mayor número de oferentes.

F. En relación con la modificación al artículo 11 del RCOP

65. En lo pertinente, el artículo 11 RCOP dispone:

> "*Las obras se podrán ejecutar por consorcio formado por dos o más contratistas inscritos en el Registro, que complementen especialidades, siempre que una vez que se adjudique el contrato formen una sociedad, dentro del plazo de 60 días a contar de la fecha de ingreso del respectivo acto administrativo totalmente tramitado, a la oficina de partes del Servicio correspondiente. El objeto de esta sociedad será la ejecución de la obra pública, y en su constitución deberá establecerse que los contratistas serán fiadores y codeudores solidarios de todas y cada una de las obligaciones que contraiga la nueva sociedad.*

Los integrantes de un consorcio así constituido podrán siempre complementar los registros y categorías exigidos, debiendo cada integrante del consorcio desarrollar la parte de la obra correspondiente a su especialidad de acuerdo a lo que se establezca en el Proyecto (…)".

66. Las Solicitantes han señalado que las reglas que regulan la conformación de consorcios en el RCOP establecen trabas significativas para el uso de esta figura en las licitaciones de contratos de obras públicas. Por ello solicitan se elimine la necesidad de constituir una nueva sociedad distinta de los miembros del consorcio y se amplíen los efectos de la formación de consorcios a otros aspectos distintos de las especialidades, como la experiencia y la capacidad económica (fs. 138).

67. La CChC agrega que las reformas incorporadas por el Decreto N° 452 de 2015 del MOP a los artículos 29 y 69 del RCOP, van en la línea propuesta por las Solicitantes, pero que han resultado insuficientes. Señala que esas reformas permitieron que se pueda complementar la capacidad económica (i) si el presupuesto de la obra no excede de 480.000 UTM o (ii) si la licitación a la cual se intenta postular considera un presupuesto estimativo de no más de un 30% del rango que conforma la categoría inmediatamente superior a aquella en que los contratistas se encontrasen registrados (fs. 760 vta.).

68. Parte de las argumentaciones esgrimidas en autos dice escasa relación con eventuales problemas de competencia, sino más bien con la imposición de gravámenes administrativos que consideran injustificados, como la necesidad de constituir una nueva persona jurídica al efecto, con los costos que ello conlleva.

69. Desde la perspectiva de competencia, la conformación de consorcios entre empresas para participar en una licitación de obra pública puede tener aspectos pro y anticompetitivos.

70. La formación de consorcios podría tener efectos pro competitivos, o al menos, no restrictivos a la competencia, cuando las firmas que los componen no están en posición de ofertar y ejecutar en forma individual el contrato a ser licitado, por ser de una envergadura que excede sus capacidades económicas,

o por tener una complejidad que requiere la combinación de experiencias de múltiples empresas. De este modo, la posibilidad de participar en consorcio con otros agentes económicos permite reducir eventuales barreras a la entrada, tal como actualmente se permite para complementar especialidades.

71. Los consorcios pueden ser horizontales, cuando los partícipes en ellos producen los mismos bienes y servicios, o pueden darse entre agentes que producen servicios diversos. Con todo, aun en el caso de los consorcios horizontales, cuando los agentes que participan de ellos no pueden ejecutar el contrato de forma individual, no serían competidores por la licitación de ese contrato en particular y, por lo mismo, en dichos casos no habrían efectos adversos a la competencia por la formación del consorcio (*"Competition and Procurement", Key Findings, OECD, 2011, p. 43*). Incluso, en ocasiones en que los miembros del consorcio sí podrían haberse adjudicado el contrato en forma individual, es decir, compitiendo entre ellos por la obtención del contrato, pueden existir eficiencias asociadas a la formación del consorcio –*i.e.* economías de escala– que permiten al consorcio presentar ofertas más competitivas que las que habrían presentado los socios del consorcio ofertando por separado, lo que permitiría aumentar la intensidad competitiva en la licitación (*"Joint bidding under competition law", Guidelines 2019, Danish Competition and Consumer Authority, p. 9).*

72. Por el contrario, la formación de consorcios puede restringir la competencia si las empresas que lo componen pueden cumplir el contrato de forma individual sin existir eficiencias asociadas a ello, pues disminuye el número de competidores ofertando por el contrato (*"Competition in Public Procurement Markets", OCDE, DAF-Comp-WP2, 2017, p. 15),* o si las eficiencias alcanzadas con motivo del consorcio y trasladadas a precio resultan menores que el efecto negativo en la competencia ocasionado por la disminución de oferentes en la licitación. Adicionalmente, la formación de consorcios entre competidores también puede generar riesgos coordinados, al promover una instancia en la cual podrían tener lugar intercambios de información sensible entre competidores (*"Assessing Coordinated Effects in Merger Cases", N. Fabra y M. Motta, 2016, p. 16).*

73. De acuerdo a los antecedentes aportados por la FNE, se celebraron en promedio 641 contratos de obra pública por año entre 2015 y 2017 (fojas 794), pero

sólo 20 contratos de obras mayores entre los años 2011 a 2017 usaron esta modalidad, y sólo dos contratos de obras públicas fueron adjudicados a consorcios de un total de 424 contratos celebrados en 2017 (fs. 811), lo que da cuenta que se trata de una modalidad de asociación que tiene escasa utilización por parte de los agentes económicos, sin que existan antecedentes suficientes en autos como para establecer la razón de ello.

74. Las Solicitantes indican que la regulación del RCOP es inconsistente con lo dispuesto en el Reglamento de Compras Públicas, que establece la figura de la "Unión Temporal de Proveedores", definida en su artículo 1º Nº 37 como la "*asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo*". Esta figura no requiere la constitución de una persona jurídica nueva con objeto único, como en el caso del RCOP, tampoco tiene limitaciones respecto de quienes pueden asociarse, y, además, supone un resguardo equivalente para el Fisco que un consorcio, en cuanto exige la solidaridad entre las partes que la conforman respecto de todas las obligaciones para con el ente licitante.

75. La regulación de la conformación de consorcios para la participación en licitaciones de contratos de obras públicas regidos por el RCOP no es indiferente desde el punto de vista de la competencia. Con todo, no existen antecedentes en autos que permitan a este Tribunal determinar si la regulación del RCOP es contraria a la libre competencia, más allá de las discusiones que puedan darse respecto a su rigidez en relación con la regulación menos gravosa que establece el referido Reglamento de Compras Públicas para la asociación entre empresas. Además, los actuales artículos 29 y 69 del RCOP, como se señaló, permiten complementar capacidad económica en dos hipótesis.

76. Adicionalmente, si bien empresas competidoras podrían lograr eficiencias gracias a un consorcio, debe tenerse en consideración que los riesgos de permitir la formación de consorcios horizontales parecen ser mayores que las eficiencias que hipotéticamente podrían ser logradas por la carga que implicaría analizar cada participación de un consorcio horizontal en una determinada licitación.

77. En consecuencia, en atención a lo expuesto precedentemente, este Tribunal de forma prudencial no recomendará la modificación del artículo 11, en el sentido de permitir que se complementen otros elementos además de las especialidades. Ello, por cuanto no existen antecedentes en autos que permitan descartar que los riesgos unilaterales y coordinados, que puedan producirse con motivo de la formación de consorcios horizontales, sean mayores que las eficiencias esperadas por ese tipo de asociación, sin perjuicio de estimar que la regulación puede ser revisada a la luz de las cuestiones antes señaladas.

78. Asimismo, en relación con la solicitud de eliminar la obligación de conformar una persona jurídica distinta de las personas que forman el consorcio, este Tribunal coincide con la FNE en que la justificación de esta exigencia excede el ámbito de la libre competencia, por lo que se abstendrá de recomendar alguna modificación al respecto.

G. En relación con el mecanismo de resolución temprana de conflictos

79. Finalmente, algunos aportantes de antecedentes en autos han solicitado la incorporación en el RCOP de un mecanismo de resolución temprana de conflictos (fs. 751), para disminuir la incertidumbre asociada a la resolución de las disputas relativas a aspectos propios de la ejecución de la obra licitada. Se ha señalado que la inexistencia de este mecanismo impondría costos significativos que desincentivarían la participación de empresas de menor tamaño en las licitaciones de contratos de obras públicas, lo que redundaría en una disminución de la intensidad competitiva en las licitaciones (fs. 763).

80. A este respecto, el MOP informó, a fojas 959, que se encuentra desarrollando un plan piloto en un número pequeño de contratos de obras públicas para la implementación de un mecanismo de resolución temprana de conflictos, cuyo resultado determinará su aplicación eventual a una cantidad mayor de contratos.

81. En general, la práctica contractual en materia de construcción de obras mayores establece la existencia de mecanismos de resolución de controversias durante la ejecución de la obra, en el entendido que en ese período pueden darse disputas que son imposibles de prever en toda su magnitud al momento de la

celebración del contrato. Modelos internacionales ampliamente utilizados de contratos de construcción, como por ejemplo los contratos FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* o *International Federation of Consulting Engineers*) establecen distintos mecanismos de resolución temprana según las características que tenga el contrato particular de que se trate.

82. Desde la perspectiva de competencia, si bien no existen antecedentes en autos que permitan establecer que la inexistencia de estos mecanismos en el RCOP hayan redundado en una disminución de la intensidad competitiva en las licitaciones, desde una posición teórica es posible sostener que la conflictividad que puede presentarse en el desarrollo y ejecución de contratos complejos como los de obras públicas –cuestión que también está presente en los contratos de construcción que se celebran en el sector privado– redunda en mayores riesgos e incertidumbre para los contratistas, impactando el valor de las ofertas presentadas en las licitaciones.

83. En este sentido, la existencia de un sistema de resolución de conflictos que pueda disminuir la conflictividad en una etapa temprana podría tener un efecto positivo en las condiciones de competencia de las licitaciones de obras públicas por la disminución de la incertidumbre respecto de los riesgos asumidos. A mayor abundamiento, en materia de concesiones de obras públicas, el MOP cuenta con un mecanismo de resolución temprana de controversias de carácter técnico o económico para las obras concesionadas, establecido por la Ley Nº 20.410, el cual creó un organismo especializado, denominado Panel Técnico. Este órgano no ejerce jurisdicción, emitiendo recomendaciones técnicas que no son vinculantes para las partes, pero que pueden servir de antecedente para las resoluciones que sean posteriormente dictadas por las Comisiones Arbitrales o los Tribunales de Justicia (Decreto Nº 900, de 1996, Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas, art. 36, introducido por la Ley Nº 20.410).

84. Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples diseños para estos sistemas y las consecuencias que se siguen de la adopción de uno u otro pueden diferir sustancialmente en cuanto a sus efectos en el bienestar general. En consecuencia, y considerando, además, la existencia de un programa piloto del MOP relativo, precisamente, a evaluar la conveniencia de contar con un mecanismo

de estas características, este Tribunal recomendará incorporar un mecanismo de solución temprana de controversias que considere los resultados de dicho programa y que otorgue incentivos adecuados a las partes, reduciendo la incertidumbre respecto de los riesgos asumidos por éstas.

PARTE RESOLUTIVA

III. PROPUESTAS NORMATIVAS

El análisis efectuado en las consideraciones precedentes justifica, en el presente caso, la necesidad de ejercer la facultad conferida por el artículo 18° N° 4 del D.L. N° 211 a este Tribunal, proponiendo a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministro de Obras Públicas, la dictación o la modificación de los preceptos legales o reglamentarios relativos a las licitaciones de contratos de obras públicas, en los términos que se señalan a continuación:

a) Reemplazar la restricción para la inscripción en el Registro de Contratistas establecida en el artículo 41 del Reglamento de Contratos de Obras Públicas por una prohibición de participación en una misma licitación, a nivel reglamentario.

b) Establecer, a nivel reglamentario, la obligación de informar anualmente cualquier cambio en las relaciones de propiedad y administración entre las empresas inscritas en el Registro de Contratistas, en los términos que señalan los artículos 41 y 8 letras c) y f) del Reglamento de Contratos de Obras Públicas, y la obligación de agregar a la presentación de la oferta en licitaciones de obras públicas una declaración jurada relativa al cumplimiento de esta normativa.

c) Revisar la reglamentación sobre la subcontratación del artículo 101 del Reglamento de Contratos de Obras Públicas en el siguiente sentido:

i. Definir qué se entiende por subcontratación para efecto de las licitaciones para contratos de obras públicas;

ii. Eliminar la obligación de que los subcontratistas se encuentren inscritos en el Registro de Contratistas del MOP;
iii. Establecer una prohibición de subcontratación de empresas inscritas en la misma categoría y especialidad que la empresa adjudicataria; y
iv. Evaluar la pertinencia de elevar el porcentaje máximo de subcontratación de un contrato de obra pública.

d) Incorporar al Reglamento de Contratos de Obras Públicas un mecanismo de resolución temprana de controversias entre el mandante y el adjudicatario de la obra, que considere los resultados del programa piloto que actualmente está desarrollando el MOP.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.
Rol ERN N° 26-18.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

AE 17 / 2020

TDLC

Tribunal de Defensa de
la Libre Competencia

RESOLUCIÓN DE TÉRMINO

(AE N° 17-20)

"Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Transbank S.A."

Fecha dictación: 29 de abril de 2020.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Acuerdo Extrajudicial: entre Fiscalía Nacional Económica ("FNE") y Transbank S.A. ("Transbank")

Terceros interesados que aportaron antecedentes:

a) La Asociación de Empresas de Innovación Financiera de Chile, Asociación Gremial;
b) Pst Pago Fácil Spa;
c) Walmart Chile S.A.;
d) Mercadopago S.A.;
e) Flow S.A.;
f) Multicaja S.A.; Farmacias Ahumada S.A.; y
g) Servicios Visa Internacional Limitada.

Objeto del proceso: Someter a la aprobación del Tribunal el Acuerdo Extrajudicial en el que se contempla el sistema tarifario que Transbank pretende aplicar para el denominado "modelo de cuatro partes" en el mercado de medios de pago con tarjetas. Este nuevo sistema tarifario sustituiría al actual Plan de Autorregulación ("PAR"), aprobado el 9 de marzo de 2006 en la causa Rol C Nº 16-04.

Mercado afectado: Mercado de medios de pago con tarjetas.

Resolución del Tribunal: Teniendo presente que las medidas y condiciones impuestas por el Tribunal pueden modificarse cuando existe un cambio en las circunstancias que las originaron, a través de un proceso contencioso o de consulta, el Tribunal analizó si el procedimiento regulado en el artículo 39 ñ) del D.L. N° 211 era, también, apto para realizar dicha revisión. Y se estableció que, dadas sus características no resultaba la vía procesal idónea. En concreto, no permite evaluar en forma rigurosa y profunda si existen nuevas circunstancias de hecho distintas a aquellas imperantes cuando el PAR fue aprobado y si estas nuevas circunstancias ameritan la adopción del nuevo sistema tarifario en los términos planteados por el Acuerdo Extrajudicial.

Recursos: Sin recursos presentados a la fecha de cierre de esta edición.

Temas que trata: Características del procedimiento regulado en el artículo 39 ñ) del D.L. N° 211, posibilidad de modificar una medida o condición a través de un acuerdo extrajudicial.

Santiago, veintinueve de abril de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: Artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211
ROL: AE 17-20.
SOLICITANTES: Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A.
OBJETO: Que este Tribunal, ejerciendo la facultad consagrada en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, apruebe el acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A., el que contempla el sistema tarifario que ésta última pretende aplicar para el denominado "modelo de cuatro partes" en el mercado de medios de pago con tarjetas y que reemplazaría el actual Plan de Autorregulación.

I. PARTE EXPOSITIVA

VISTOS:

1. El acuerdo extrajudicial sometido a la aprobación de este Tribunal, que rola a fojas 1 de estos autos y sus anexos ("Acuerdo Extrajudicial");

2. La presentación de la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía", indistintamente) y Transbank S.A. ("Transbank"), de fojas 45 y siguientes;

3. Lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211"); y

4. Lo expuesto en la audiencia celebrada el 16 de abril del presente año por los apoderados de la Fiscalía; Transbank; la Asociación de Empresas de Innovación Financiera de Chile, Asociación Gremial; Pst Pago Fácil Spa; Walmart Chile S.A.; Mercadopago S.A.; Flow S.A.; Multicaja S.A.; Farmacias Ahumada S.A.; y Servicios Visa Internacional Limitada.

II. PARTE CONSIDERATIVA

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la FNE y Transbank someten a la aprobación de este Tribunal el Acuerdo Extrajudicial en el que se contempla el sistema tarifario que ésta última pretende aplicar para el denominado "modelo de cuatro partes" en el mercado de medios de pago con tarjetas;

Segundo: Que este nuevo sistema tarifario sustituiría al actual Plan de Autorregulación ("PAR"), aprobado por este Tribunal el 9 de marzo de 2006 en la causa rol C Nº 16-04, y sería aplicable a todas las tarjetas de pago (crédito, débito y pago con provisión de fondos, o cualquier otra que exista a futuro) que opere Transbank. Cabe recordar que ésta última se encuentra obligada a autorregularse en razón de lo dispuesto en el avenimiento que suscribió con la FNE y la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G. el 5 de abril de 2005, en la misma causa rol C N° 16-04, en virtud del cual se comprometió, entre otras obligaciones, a: (i) fijar comisiones a establecimientos de comercios públicas, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminaciones arbitrarias y que cumplan con las circulares de la SBIF; y (ii) someter a la aprobación de este Tribunal un Plan de Autorregulación Tarifaria (fojas 222, expediente causa Rol C N° 16-04);

Tercero: Que, antes de analizar el contenido del Acuerdo Extrajudicial, se debe determinar (i) si es posible modificar el PAR y (ii) si dicha modificación puede realizarse en un procedimiento distinto al contencioso en el que fue aprobado;

Cuarto: Que la primera cuestión fue resuelta en la Resolución N° 53/2018. En ella se sostuvo que las medidas y condiciones impuestas por el Tribunal pueden modificarse cuando existe un cambio en las circunstancias que las originaron. Al efecto, se señaló que "*las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio* rebus sic stantibus*, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N° 147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siem-*

pre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio" (párrafo 123);

Quinto: Que, enseguida, en la misma Resolución N° 53/2018 el Tribunal estableció que el procedimiento idóneo para modificar el PAR no debe ser, necesariamente, uno contencioso (como el que le dio origen), sino que es posible modificar las medidas impuestas en una sentencia a través de una resolución dictada en ejercicio de la potestad consultiva de este Tribunal, en el procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211 (párrafo 112);

Sexto: Que, siendo claro que la revisión del PAR puede realizarse en un procedimiento contencioso o en uno consultivo, corresponde, para los efectos de esta causa, analizar si dicha revisión procede además en el procedimiento regulado en el artículo 39 letra ñ); esto es, a través de la presentación de un acuerdo extrajudicial. En otras palabras, se debe resolver si este último procedimiento es adecuado para realizar una revisión que permita concluir que las circunstancias que justificaron la aprobación del PAR han cambiado y que las nuevas ameritan la adopción del nuevo sistema tarifario propuesto;

Séptimo: Que para poder determinar lo anterior, se debe recordar que en el procedimiento contencioso se contempla una fase de discusión y de prueba, en que las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba regulados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y, en general, de cualquier otro indicio o antecedente que, en concepto de este Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes. Adicionalmente, se puede decretar la práctica de diligencias probatorias, cuando resulte necesario para aclarar puntos obscuros o dudosos. De esta forma, por medio de este procedimiento, es posible revisar completamente las características del o los mercados en que incidirían las conductas que se someten al conocimiento del Tribunal, sus efectos y las medidas que eventualmente deban ser adoptadas;

Octavo: Que, de modo similar, el procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211 otorga al Tribunal la facultad de oficiar a las autoridades concernidas y a los agentes económicos que pudieran estar relacionados con la materia de la consulta, con el fin de que aporten antecedentes. Además, el Tribunal puede recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes (artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211). En este sentido, la Excma. Corte Suprema ha destacado que "*el procedimiento intentado* [consultivo] *garantiza la publicidad, transparencia e igual derecho de intervención de todos los agentes interesados en el asunto. En efecto, el artículo 31 del D.L. N° 211 contempla las siguientes oportunidades procesales: la notificación y plazo para aportar antecedentes; la circunstancia de que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente; el derecho a ser oído, plasmado en la fijación de una audiencia pública; y la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para recabar los antecedentes que considere pertinentes*" (c.4°, sentencia rol N° 30190-2014). En suma, el procedimiento consultivo faculta al Tribunal para poder enfocarse con gran profundidad en la revisión de las características de lo consultado y del o los mercados en el que incidiría, para así definir las medidas o condiciones que eventualmente deban adoptarse;

Noveno: Que, a diferencia de los anteriores, y tal como se señaló en los autos rol AE N° 16-18, en el procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 el Tribunal sólo ejerce una potestad de control, cuyo objeto es verificar si el acuerdo cautela la libre competencia (considerando 2°, resolución de 30 de octubre de 2018, fojas 1076), pero no "[…] *una función de revisión judicial y, en ese entendido, su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del mismo*" (considerando 3°, resolución de 30 de octubre de 2018, fojas 1076, rol AE N° 16-18). De aquí que este procedimiento sea de carácter simplificado, sin forma de juicio, y que sólo contemple la realización de una audiencia al quinto día hábil de recibidos los antecedentes. Asimismo, en marcado contraste con los anteriormente descritos, este procedimiento no permite que el Tribunal pueda recabar o recibir más antecedentes que aquellos expuestos por las partes o interesados en dicha audiencia;

Décimo: Que, por tanto, el procedimiento regulado en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 difiere sustancialmente del procedimiento contencioso regulado en

los artículos 20 y siguientes de dicho decreto ley, así como del procedimiento establecido en el artículo 31 del mismo cuerpo legal, los que permiten al Tribunal realizar un examen exhaustivo de los hechos sometidos a su conocimiento. En concreto, el procedimiento de autos no permite evaluar en forma rigurosa y profunda si existen nuevas circunstancias de hecho distintas a aquellas imperantes cuando el PAR fue aprobado y, menos aún, si estas nuevas circunstancias ameritan la adopción del nuevo sistema tarifario en los términos planteados por el Acuerdo Extrajudicial;

Undécimo: Que, a mayor abundamiento, en este caso particular el mercado de medios de pago con tarjetas es un mercado complejo, caracterizado como uno de dos lados (Resolución N° 53/2018, párrafo 151), con varios actores (emisores, marcas de tarjetas, comercios, proveedores de servicios para procesamiento de pagos, adquirentes, entre otros) y que, según indica el Acuerdo Extrajudicial, enfrenta un escenario de cambio de estructura desde un modelo de tres partes a uno de cuatro partes. Estas son cuestiones que requieren de una revisión profunda de los hechos sometidos al conocimiento del Tribunal, que evidentemente no puede ser realizada en el presente procedimiento;

Duodécimo: Que en nada cambia la conclusión anterior el hecho que el Tribunal en la Resolución N° 53/2018 se haya pronunciado acerca de las características del mercado de pago con tarjetas y sobre la necesidad de modificación del PAR. En efecto, aun teniendo presente lo razonado en ese momento, el procedimiento de autos no permite tener presente antecedentes adicionales que son necesarios para analizar, con la debida diligencia, si el nuevo modelo tarifario presentado en el Acuerdo Extrajudicial se ajusta a la normativa de libre competencia en las condiciones actuales que rigen el mercado;

Decimotercero: Que, finalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 letra ñ), en este procedimiento el Tribunal únicamente puede aprobar o rechazar el Acuerdo Extrajudicial, sin que pueda imponer las medidas que eventualmente sean necesarias para mitigar los riesgos anticompetitivos de éste, si los hubiera;

Decimocuarto: Que, por todo lo señalado, el procedimiento establecido en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 no resulta la vía procesal idónea para que el Tribunal se pronuncie sobre la adopción del nuevo sistema tarifario sometido a su aprobación y las condiciones en que ha sido planteado;

Decimoquinto: Que, en virtud de lo anterior, no procede pronunciarse sobre el contenido del Acuerdo Extrajudicial;

III. PARTE RESOLUTIVA

SE RESUELVE: Rechazar el Acuerdo Extrajudicial alcanzado entre la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A., que rola a fojas 1.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.
Rol AE Nº 17-20.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

WWW.TDLC.CL